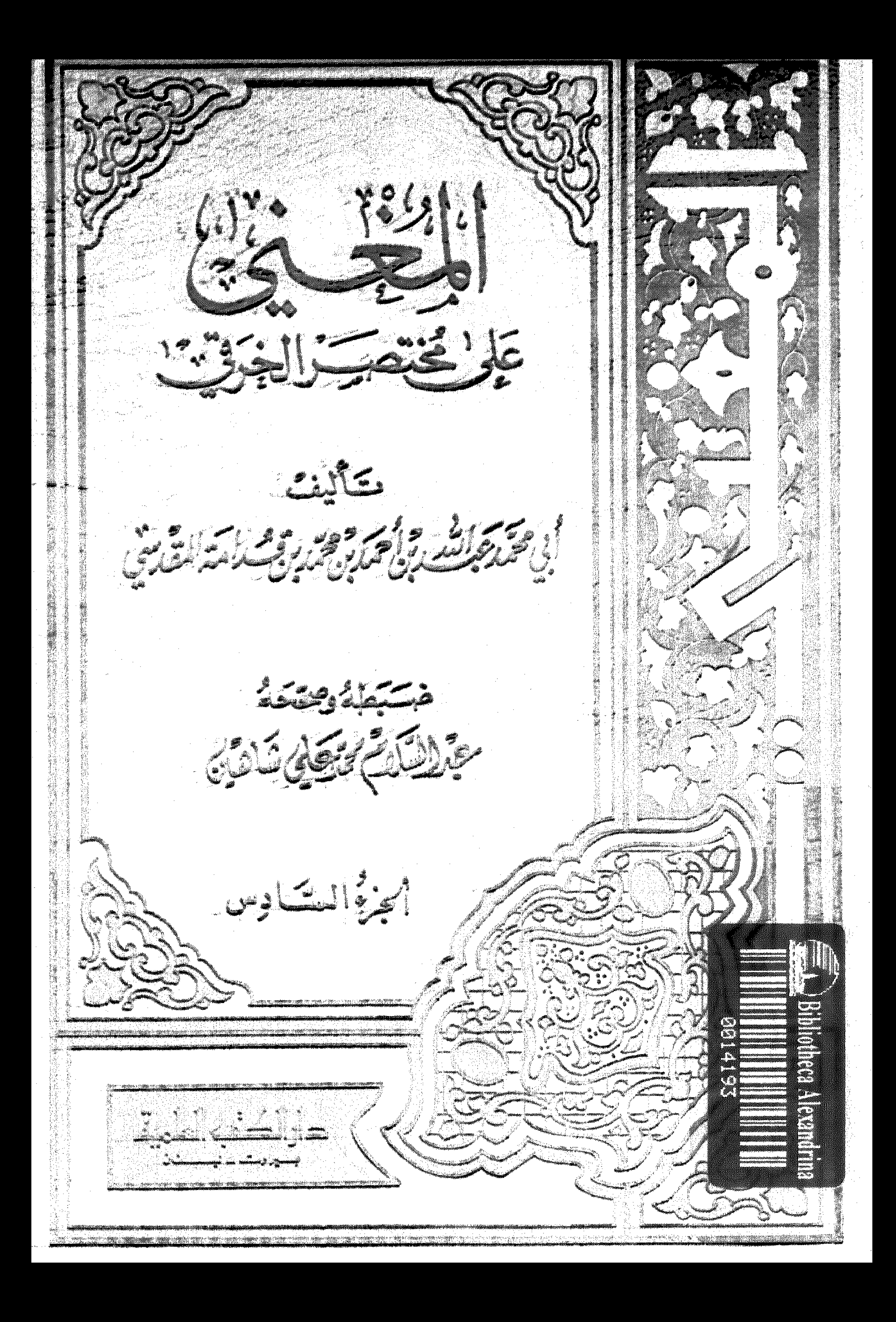

المغني
على مختصر الخرقي
تأليف
أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي
ضبطه وصححه
عبد السلام محمد علي شاهين
الجزء السادس
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان
Bibliotheca Alexandrina
0014193



تأليف

أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي
المتوفى سنة ٦٢٠ هـ

ضبطه وصححه
عبد السلام محمد علي شاهين

الجزء السادس

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

الطبعة الأولى
١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.

دار الكتب العلمية بيروت - لبنان
ص.ب: ١١/٩٤٢٤ - تلكس: Nasher 41245 Le
هاتف: ٣٦٦١٣٥ - ٦٠٢١٣٣ - ٨٦٨٠٥١ - ٨١٥٥٧٣
فاكس: ٠٠/٩٦١١/٦٠٢١٣٣ - ٠٠/١٢١٢/٤٧٨١٣٧٣

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

كتاب الوصايا

الوصايا جمع وصية مثل: العطايا جمع عطية، والوصية بالمال هي التبرع به بعد الموت، والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع أما الكتاب فقول الله سبحانه وتعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُم إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ﴾ [البقرة: ١٨٠] وقال الله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١١] وأما السنة فروى سعد بن أبي وقاص قال: جاءني رسول الله ﷺ يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي فقلت: يا رسول الله قد بلغ بي من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال: «لا»، قلت: فبالشطر يا رسول الله؟ قال: «لا»، قلت: فبالثلث؟ قال: «الثلث والثلث كثير إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس». وعن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «ما حق امرىء مسلم له شيء يوصي به يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده» متفق عليهما وروى أبو أمامة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث» رواه سعيد وأبو داود والترمذي وقال: حديث حسن صحيح وعن علي رضي الله عنه قال: إنكم تقرؤون هذه الآية: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١١] وإن النبيّ ﷺ قضى أن الدين قبل الوصية، ورواه الترمذي وأجمع العلماء في جميع الأمصار والأعصار على جواز الوصية.

فصل: ولا تجب الوصية إلا على من عليه دين أو عنده وديعة أو عليه واجب يوصي بالخروج منه فإن الله تعالى فرض أداء الأمانات وطريقه في هذا الباب الوصية فتكون مفروضة عليه فأما الوصية بجزء من ماله فليست بواجبة على أحد في قول الجمهور وبذلك قال الشعبي والنخعي والثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم، وقال ابن عبد البر: أجمعوا على أن الوصية غير واجبة إلا على من عليه حقوق بغير بينة وأمانة بغير إشهاد إلا طائفة شذت

فأوجبتها. روي عن الزهري أنه قال: جعل الله الوصية حقاً مما قل أو كثر وقيل لأبي مجلز على كل ميت وصية؟ قال: إن ترك خيراً وقال أبو بكر عبد العزيز: هي واجبة للأقربين الذين لا يرثون وهو قول داود وحكي ذلك عن مسروق وطاوس وإياس وقتادة وابن جرير واحتجوا بالآية وخبر ابن عمر وقالوا: نسخت الوصية للوالدين والأقربين الوارثين وبقيت فيمن لا يرث من الأقربين.

ولنا: أن أكثر أصحاب رسول الله ﷺ لم ينقل عنهم وصية ولم ينقل لذلك نكير ولو كانت واجبة لم يخلوا بذلك ولنقل عنهم نقلاً ظاهراً ولأنها عطية لا تجب في الحياة فلا تجب بعد الموت كعطية الأجانب فأما الآية فقال ابن عباس: نسخها قوله سبحانه: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ والأَقْرَبُونَ﴾ [النساء: ٧] وقال ابن عمر: نسختها آية الميراث وبه قال عكرمة ومجاهد ومالك والشافعي وذهب طائفة ممن يرى نسخ القرآن بالسنة إلى أنها نسخت بقول النبيّ ﷺ: «إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث» وحديث ابن عمر محمول على من عليه واجب أو عنده وديعة.

فصل: وتستحب الوصية بجزء من المال لمن ترك خيراً لأن الله تعالى قال: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ﴾ [البقرة: ١٨٠] فنسخ الوجوب وبقي الاستحباب في حق من لا يرث وقد روي عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «يا ابن آدم جعلت لك نصيباً من مالك حين أخذت بكظمك لأطهرك وأزكيك» وعن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم» رواهما ابن ماجه، وقال الشعبي: من أوصى بوصية فلم يجر ولم يحف كان له من الأجر مثل ما لو أعطاها وهو صحيح وأما الفقير الذي له ورثة محتاجون فلا يستحب له أن يوصي لأن الله قال في الوصية: ﴿إِنْ تَرَكَ خَيْراً﴾ [البقرة: ١٨٠] وقال النبيّ ﷺ لسعد: «إنك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس» وقال: «ابدأ بنفسك ثم بمن تعول» وقال علي رضي الله عنه لرجل أراد أن يوصي: إنك لن تدع طائلاً إنما تركت شيئاً يسيراً فدعه لورثتك وعنه أربعمائة دينار ليس فيها فضل عن الورثة، وروي عن عائشة رضي الله عنها أن رجلاً قال لها: لي ثلاثة آلاف درهم وأربعة أولاد أفأوصي؟ فقالت: اجعل الثلاثة للأربعة. وعن ابن عباس قال: من ترك سبعمائة درهم ليس عليه وصية. وقال عروة: دخل على عليّ صديق له يعوده، فقال الرجل: إني أريد أن أوصي، فقال له: إن الله تعالى يقول: ﴿إِنْ تَرَكَ خَيْراً﴾ وإنك إنما تدع شيئاً يسيراً فدعه لورثتك. واختلف أهل العلم في القدر الذي لا يستحب له لمالكه فروي عن أحمد إذا ترك دون الألف لا تستحب الوصية وعن عليّ أربعمائة دينار، وقال ابن عباس: إذا ترك الميت سبعمائة درهم فلا يوصي وقال: من ترك ستين ديناراً ما ترك خيراً، وقال طاوس: الخير ثمانون ديناراً، وقال النخعي: ألف وخمسمائة، وقال أبو حنيفة: القليل أن يصيب أقل الورثة منها خمسون درهماً،

والذي يقوى عندي أنه متى كان المتروك لا يفضل عن غنى الورثة فلا تستحب الوصية لأن النبيّ ﷺ علل المنع من الوصية بقوله: «أن تترك ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة» ولأن إعطاء القريب المحتاج خير من إعطاء الأجنبي فمتى لم يبلغ الميراث غناهم كان تركه لهم كعطيتهم إياه فيكون ذلك أفضل من الوصية به لغيرهم فعند هذا يختلف الحال باختلاف الورثة في كثرتهم وقلتهم وغناهم وحاجتهم فلا يتقيد بقدر من المال والله أعلم. وقد قال الشعبي: ما من مال أعظم أجراً من مال يتركه الرجل لولده يغنيهم به عن الناس.

فصل: والأولى أن لا يستوعب الثلث بالوصية وإن كان غنياً لقول النبيّ ﷺ: «والثلث كثير» قال ابن عباس: لو أن الناس غضوا من الثلث فإن النبيّ ﷺ قال: «الثلث كثير» متفق عليه، وقال القاضي وأبو الخطاب: إن كان غنياً استحب الوصية بالثلث.

ولنا: إن النبيّ ﷺ قال لسعد: «والثلث كثير» مع إخباره إياه بكثرة ماله وقلة عياله فإنه قال في الحديث: «إن لي مالاً كثيراً ولا يرثني إلا ابنتي» وروى سعيد ثنا خالد بن عبد الله ثنا عطاء بن السائب عن أبي عبد الرحمٰن السلمي عن سعد بن مالك قال: مرضت مرضاً فعادني رسول الله ﷺ فقال لي: «أوصيت؟» فقلت: نعم، أوصيت بمالي كله للفقراء وفي سبيل الله. فقال لي رسول الله ﷺ: «أوص بالعشر» فقلت: يا رسول الله إن مالي كثير وورثتي أغنياء فلم يزل رسول الله ﷺ يناقصني وأناقصه حتى قال: «أوص بالثلث والثلث كثير» وقال أبو عبد الرحمٰن: لم يكن أحد منا يبلغ في وصيته الثلث حتى ينقص منه شيئاً لقول النبيّ ﷺ: «الثلث والثلث كثير».

إذا ثبت هذا فالأفضل للغني الوصية بالخمس ونحو هذا يروى عن أبي بكر الصدّيق وعليّ بن أبي طالب رضي الله عنهما وهو ظاهر قول السلف وعلماء أهل البصرة ويروى عن عمر رضي الله عنه أنه جاءه شيخ فقال: يا أمير المؤمنين أنا شيخ كبير ومالي كثير ويرثني أعراب موالي كلالة منزوح نسبهم أفأوصي بمالي كله؟ قال: لا. قال: فلم يزل يحط حتى بلغ العشر. وقال إسحاق: السنة الربع إلا أن يكون رجلاً يعرف في ماله حرمة شبهات أو غيرها فله استيعاب الثلث.

ولنا: إن أبا بكر الصدّيق رضي الله عنه أوصى بالخمس وقال: رضيت بما رضي الله به لنفسه يعني قوله تعالى: ﴿وَٱعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ﴾ [الأنفال: ٤١] وروي أن أبا بكر وعليًّا رضي الله عنهما أوصيا بالخمس وعن علي رضي الله عنه أنه قال: لأن أوصي بالخمس أحب إليّ من الربع وعن إبراهيم قال: كانوا يقولون صاحب الربع أفضل من صاحب الثلث وصاحب الخمس أفضل من صاحب الربع. وعن الشعبي قال: كان الخمس أحب

إليهم من الثلث فهو منتهى الجامح. وعن العلاء بن زياد قال: أوصى أبي أن أسأل العلماء أي الوصية أعدل فما تتابعوا عليه فهو وصيته؟ فتتابعوا على الخمس.

فصل: والأفضل أن يجعل وصيته لأقاربه الذين لا يرثون إذا كانوا فقراء في قول عامة أهل العلم. قال ابن عبد البر: لا خلاف بين العلماء علمت في ذلك إذا كانوا ذوي حاجة وذلك لأن الله تعالى كتب الوصية للوالدين والأقربين فخرج منه الوارثون بقول النبيِّ ﷺ: «لا وصية لوارث» وبقي سائر الأقارب لهم وأقل ذلك الاستحباب وقد قال الله تعالى: ﴿وَآتِ ذَا الْقُرْبَىٰ حَقَّهُ﴾ [الإسراء: ٢٦] وقال تعالى: ﴿وَآتَى الْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَىٰ﴾ [البقرة: ١٧٧] فبدأ بهم ولأن الصدقة عليهم في الحياة أفضل فكذلك بعد الموت فإن أوصى لغيرهم وتركهم صحت وصيته في قول أكثر أهل العلم منهم سالم وسليمان بن يسار وعطاء ومالك والثوري والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وحكي عن طاوس والضحاك وعبد الملك بن يعلى أنهم قالوا: ينزع عنهم ويرد إلى قرابته وعن سعيد بن المسيب والحسن وجابر بن زيد: للذي أوصى له ثلث الثلث والباقي يرد إلى قرابة الموصي لأنه لو أوصى بماله كله لجاز منه الثلث والباقي رد على الورثة وأقاربه الذين لا يرثونه في استحقاق الوصية كالورثة في استحقاق المال كله.

ولنا: ما روى عمران بن حصين أن رجلاً أعتق في مرضه ستة أعبد لم يكن له مال غيرهم فبلغ ذلك النبيّ ﷺ فدعاهم فجزأهم ثلاثة أجزاء ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة فأجاز العتق في ثلثه لغير قرابته ولأنها عطية فجازت لغير قرابته كالعطية في الحياة.

مسألة: قال: (ولا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة ذلك).

وجملة ذلك: أن الإنسان إذا وصى لوارثه بوصية فلم يجزها سائر الورثة لم تصح بغير خلاف بين العلماء قال ابن المنذر وابن عبد البر: أجمع أهل العلم على هذا وجاءت الأخبار عن رسول الله ﷺ بذلك فروى أبو أمامة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث» رواه أبو داود وابن ماجة والترمذي. ولأن النبيّ ﷺ منع من عطية بعض ولده وتفضيل بعضهم على بعض في حال الصحة وقوة الملك وإمكان تلافي العدل بينهم بإعطاء الذي لم يعطه فيما بعد ذلك لما فيه من إيقاع العداوة والحسد بينهم ففي حال موته أو مرضه وضعف ملكه وتعلق الحقوق به وتعذر تلافي العدل بينهم أولى وأحرى، وإن أجازها جازت في قول الجمهور من العلماء، وقال بعض أصحابنا: الوصية باطلة، وإن أجازها سائر الورثة إلا أن يعطوه عطية مبتدأة أخذاً من ظاهر قول أحمد، في رواية حنبل: لا وصية لوارث وهذا قول المزني وأهل الظاهر وهو قول للشافعي واحتجوا بظاهر قول النبيّ ﷺ: «لا وصية لوارث» وظاهر مذهب أحمد والشافعي أن الوصية صحيحة في نفسها وهو قول جمهور

العلماء لأنه تصرف صدر من أهله في محله فصح كما لو وصى لأجنبي والخبر قد روي فيه «إلا أن يجيز الورثة» والاستثناء من النفي إثبات فيكون ذلك دليلاً من صحة الوصية عند الإجازة ولو خلا من الاستثناء كان معناه لا وصية نافذة أو لازمة أو ما أشبه هذا أو يقدر فيه لا وصية لوارث عند عدم الإجازة من غيره من الورثة. وفائدة الخلاف أن الوصية إذا كانت صحيحة فإجازة الورثة تنفيذ وإجازة محضة يكفي فيها قول الوارث أجزت أو أمضيت أو نفذت فإذا قال ذلك لزمت الوصية وإن كانت باطلة كانت الإجازة هبة مبتدأة تفتقر إلى شروط الهبة من اللفظ والقبول والقبض كالهبة المبتدأة ولو رجع المجيز قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض صح رجوعه.

فصل: وإن أسقط عن وارثه ديناً أو أوصى بقضاء دينه أو أسقطت المرأة صداقها عن زوجها أو عفا عن جناية موجبها المال فهو كالوصية، وإن عفا عن القصاص وقلنا: الواجب القصاص عيناً سقط إلى غير بدل، وإن قلنا: الواجب أحد شيئين سقط القصاص ووجب المال، وإن عفا عن حد القذف سقط مطلقاً، وإن وصى لغريم وارثه صحت الوصية وكذلك إن وهب له وبهذا قال الشافعي وأبو حنيفة. وقال أبو يوسف: هو وصية للوارث لأن الوارث ينتفع بهذه الوصية وتستوفى ديونه منها.

ولنا: إنه وصى لأجنبي فصح كما لو وصى لمن عادته الإحسان إلى وارثه وإن وصى لولد وارثه صح فإن كان يقصد بذلك نفع الوارث لم يجز فيما بينه وبين الله تعالى. قال طاوس في قوله عز وجل: ﴿فَمَنْ خَافَ مِنْ مُوصٍ جَنَفاً أَوْ إِثْماً﴾ [البقرة: ١٨٢] قال: أن يوصي لولد ابنته وهو يريد ابنته. رواه سعيد. قال ابن عباس: الجنف في الوصية، والإضرار فيها من الكبائر.

فصل: وإن وصى لكل وارث بمعين من ماله بقدر نصيبه كرجل خلف ابناً وبنتاً وعبداً قيمته مائة وجارية قيمتها خمسون فوصى لابنه بعبده ولابنته بأمته احتمل أن تصح الوصية لأن حق الوارث في القدر لا في العين بدليل ما لو عاوض المريض بعض ورثته أو أجنبياً بجميع ماله صح إذا كان ذلك بثمن المثل، وإن تضمن فوات عين المال واحتمل أن تقف على الإجازة لأن في الأعيان غرضاً صحيحاً وكما لا يجوز إبطال حق الوارث في قدر حقه لا يجوز من عينه.

فصل: وإذا ملك المريض من يعتق عليه بغير عوض عتق وورث وبهذا قال مالك وبعض أصحاب الشافعي وحكاه الخبري مذهباً للشافعي ولا خلاف بين هؤلاء في أنه إذا ملكه بالميراث أنه يعتق ويرث وقال أبو حنيفة: إن حمله الثلث عتق وورث وإلا سعى فيما بقي عليه ولم يرث ولم يفرق بين أن يملكه بعوض أو غيره، وقال أبو يوسف ومحمد: يحتسب ميراثهم من قيمتهم فإن فضل شيء أخذه وإن فضل عليهم شيء سعوا فيه.

ولنا: إن المريض لم يضع فيهم شيئاً من ماله وإنما تعاطى سبب ملكهم على وجه لم يستقر وزال بغير إزالته فلم يحتسب عليه من ثلثه كما لو اتهب شيئاً فرجع الواهب فيه قبل قبضه أو

اشترى شيئاً فيه غبطة بشرط الخيار ففسخ البائع أو وجد بالثمن عيباً ففسخ البيع أو تزوجت المرأة فطلقت قبل الدخول وإذا لم تكن وصية لم تحتسب عليه من الثلث لم يمنع الميراث كما لو ملكه بالميراث عند من سلمه أو كما لو كان ذلك في صحته فإن ملكه بعوض كالشراء فحكى الخبري عن أحمد أنه يعتق ويرث وهذا قول ابن الماجشون وأهل البصرة. وقال القاضي في المجرد: إن ملكه بعوض وخرج من الثلث عتق وورث وإلا عتق منه بقدر الثلث وهذا قول مالك وقال الخبري وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وحكى غيره عن الشافعي أنه لا فرق عنده بين أن يملكه بعوض أو غيره وأنه إن خرج من الثلث عتق وإلا عتق منه بقدر الثلث ولا يرث في الحالين لأنه لو ورث لكان إعتاقه وصية لوارث فيبطل عتقه ويبطل ميراثه لبطلان عتقه فيؤدي توريثه إلى إبطال توريثه فصححنا عتقه ولم نورثه لئلا يفضي إلى ذلك، ومذهب أبي حنيفة وصاحبيه في هذا كمذهبهم فيما إذا ملكه بغير عوض.

ولنا: على إعتاقه قول النبيّ ﷺ: «من ملك ذا رحم محرم فهو حر» ولأنه ملك وجد معه ما ينافيه فبطل كملك النكاح مع ملك الرقبة أعني فيما إذا اشترى أحد الزوجين صاحبه، وإذا أعتق ورث لأنه وجد سبب الميراث عرياً عن الموانع فورث كما لو ورثه. وقولهم: إن عتقه وصية لا يصح لأن الوصية فعله، والعتق هاهنا يحصل من غير اختياره ولا إرادته، ولأن رقبة المعتق لا تحصل له وإنما تتلف ماليته وتزول فيصير ذلك كتلفه بقتل بعض رقيقه أو كإتلاف ماله في بناء مسجد مثال ذلك: مريض وهب له ابنه فقبله وقيمته مائة ثم مات المريض وخلف ابناً آخر ومائتين فإنه يعتق ويقاسم أخاه المائتين في قول الأكثرين، وعند الشافعي فيما حكى عنه غير الخبري يعتق ولا يورث شيئاً وعند صاحبي أبي حنيفة يعتق وله نصف التركة يحتسب عليه بقيمته ويبقى له خمسون، وإن كان باقي التركة خمسين فعندنا يعتق وله نصف الخمسين وهو قول مالك، وعند أبي حنيفة يعتق نصفه ويسعى في باقيه والخمسون كلها لأخيه. وقال صاحباه: تعتق ثلاثة أرباعه وعند الشافعي في قول غير الخبري يعتق نصفه ويرق نصفه ونصفه الرقيق والخمسون كلها لأخيه، وإن كان باقي التركة ثلاثمائة فعندنا يعتق وله مائة وخمسون، وعند الشافعي يعتق ولا يرث شيئاً وعند صاحبي أبي حنيفة يعتق وله مائة فإن كان اشترى ابنه بمائة ومات وخلف ابناً آخر ومائة أخرى فعلى الرواية الأولى يعتق ويقسم أخاه المائة الباقية وعلى ما حكاه القاضي يعتق منه ثلثاه ويرث أربعين ويعتق باقيه على أخيه ولا يرث بذلك الجزء شيئاً لأن عتقه حصل بعد موت أبيه، وعند الشافعي يعتق ثلثاه ولا يرث، وقال أبو حنيفة: يعتق ثلثاه ويسعى في باقيه ولا يرث، وعند صاحبيه يعتق كله ولا يرث شيئاً فإن كان قد تصدق قبل ذلك بثلثه أو حابى به لم يعتق لأن الثلث قد ذهب.

فصل: وإن ملك من ورثته من لا يعتق عليه كبني عمه فأعتقهم في مرضه فعتقهم وصية لأنه حصل بفعله واختياره وحكمهم في العتق حكم الأجانب إن خرجوا من الثلث عتقوا وإلا

عتق منهم بقدر الثلث، وينبغي أن يعتقوا ولا يرثوا، لأنهم لو ورثوا لكانت وصية لوارث فيبطل عتقهم ثم يبطل ميراثهم، وقد قال أبو الخطاب في رجل ملك ابن عمه فأقر في مرضه: أنـه كان أعتقـه في صحته عتق ولم يـرث، وهذا في معنى مـا ذكرنـا لأن إقراره لـوارث غير مقبـول فمنعنا ميراثه ليقبل إقراره له بالإعتاق.

فصل: مريض اشترى أباه بألف لا مال له سواه فعلى رواية الخبري يعتق كله، وعلى القول الآخر يعتق ثلثه، على المعتق، ويعتق باقيه على ابنه وهذا قول مالك وقال أبو حنيفة: يعتق ثلثـه ويسعى للابن في ثلثيه، وعلى قول صاحبيه: يعتق سدسه ويسعى في خمسة أسداسه، وقيل على قياس قول الشافعي: يفسخ الشراء إلا أن يجيـز الابن عتقه وقيـل: يعتق ثلثه ويفسـخ البيع في ثلثيه وإن خلف ألفين سواه عتق وورث سدسها وبه قال مالك وأبو حنيفة، وفي قول صاحبيه: يعتق نصفه ويسعى في قيمة نصفه.

فصل: وإذا وهب الإنسان أبوه أو وصى له بـه استحب له أن يقبله ولم يجب، وهـذا قول الشافعي ويحتمل أن يجب عليه قبوله لأن فيه إعتاقاً لأبيه من غير التزام مال.

ولنا: إنـه استجلاب ملك على الأب فلم يلزمه كما لو بذل له بعوض أو كما لو بذل له ابنه أو غيره من أقاربه ولأنه يلزمه ضرر بلحوق المنة به وتلزمه نفقته وكسوته.

فصل: إذا وصى لوارثه وأجنبي بثلثه فأجاز سـائر الـورثة وصيـة الوارث فـالثلث بينهما، وإن وصى لكل واحد منهما بمعين قيمتهما الثلث فأجاز سائر الورثة وصية الوارث جازت الـوصية لهما وإن ردوا بطلت وصية الوارث في المسألتين وللأجنبي السدس في الأولى والمعين الموصى له به في الثانية، وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الـرأي وغيرهم، وإن كـانت الوصيتـان بثلثي ماله فأجاز الورثة لهما جازت لهما، وإن عينوا نصيب الوارث بالرد وحده فللأجنبي الثلث كـاملاً لأنهم خصوا الوارث بالإبطال فالثلث كله للأجنبي وسقطت وصية الوارث فصار كأنه لم يـوص له، وإن أبطلوا الزائد عن الثلث من غير تعيـين نصيب أحدهمـا فالثلث البـاقي بين الـوصيـين لكل واحد منهما السدس، هذا الذي ذكره القاضي وهو قول مالك والشافعي وذلك لأن الوارث يزاحم الأجنبي إذا أجاز الورثة الـوصيتين فيكـون لكل واحـد منهما الثلث فـإذا أبطلوا نصفهـما بـالرد كـان البطلان راجعـاً إليهما ومـا بقي منهما بينهـما كما لـو تلف ذلك بغـير الرد، واختـار أبو الخطاب أن الثلث جميعه للأجنبي وحكي نحو هذا عن أبي حنيفة لأنهم لا يقـدرون على إبـطال الثلث فما دون إذا كان للأجنبي، ولو جعلنا الوصية بينهما لملكوا إبطال ما زاد على السدس، فإن صرح الورثة بذلك فقالوا: أجزنا الثلث لكما ورددنا ما زاد عليه في وصيتكـما أو قالـوا رددنا من وصية كل واحد منكما نصفها وبقينا له نصفها كان ذلك آكد في جعل السدس لكل واحـد منهما لتصريحهم به، وإن قالوا: أجزنا وصية الوارث كلها ورددنـا نصف وصية الأجنبي فهـو على مـا

قالوا لأن لهم أن يجيزوا لهما ويردوا عليهما فكان لهم أن يجيزوا لأحدهما ويردوا على الآخر، وإن أجازوا للأجنبي جميع وصيته وردوا على الوارث نصف وصيته جاز كما قلنا، وإن أرادوا أن ينقصوا الأجنبي عن نصف وصيته لم يملكوا ذلك سواء أجازوا للوارث أو ردوا عليه، فإن ردوا جميع وصية الوارث ونصف وصية الأجنبي فعلى قول القاضي: لهم ذلك لأن لهم أن يجيزوا الثلث لهما فيشتركان فيه ويكون لكل واحد منهما نصفه ثم إذا رجعوا فيما للوارث لم يزد الأجنبي على ما كان له في حالة الإجازة للوارث وعلى قول أبي الخطاب: يتوفر الثلث كله للأجنبي لأنه إنما ينقص منه بمزاحمة الوارث فإذا زالت المزاحمة وجب توفير الثلث لأنه قد أوصى له به، ولو خلف ابنين ووصى لهما بثلثي ماله ولأجنبي بالثلث فردا الوصية فقال أبو الخطاب: عندي للأجنبي الثلث كاملاً وعند القاضي له التسع ويجيء فيه من الفروع مثل ما ذكرنا في التي قبلها.

فصل: وإن وصى بثلثه لوارث وأجنبي وقال: إن ردوا وصية الوارث فالثلث كله للأجنبي كما وصى وإن أجازوا للوارث فالثلث بينهما لأن الوصية تتعلق بالشرط، ولو قال: أوصيت لفلان بثلثي فإن مات قبلي فهو لفلان صح وإن قال: وصيت بثلثي لفلان فإن قدم فلان الغائب فهو له صح فإن قدم الغائب قبل موت الموصي صار هو الوصي وبطلت وصية الأول سواء عاد إلى الغيبة أو لم يعد لأنه قد وجد شرط انتقال الوصية إليه فلم ينتقل عنه بعد ذلك، وإن مات الموصي قبل قدوم الغائب فالوصية للحاضر سواء قدم الغائب بعد ذلك أو لم يقدم ذكره القاضي لأن الوصية ثبتت لوجود شرطها فلم تنتقل عنه كما لو لم يقدم، ويحتمل أن الغائب إن قدم بعد الموت كانت الوصية له لأنه جعلها له بشرط قدومه وقد وجد ذلك.

فصل: وإن وصى لوارث فأجاز بعض باقي الورثة الوصية دون البعض نفذ في نصيب من أجاز دون من لم يجز، وإن أجازوا بعض الوصية دون بعض نفذت فيما أجازوا دون ما لم يجيزوا فإن أجاز بعضهم بعض الوصية وأجاز بعضهم جميعها أو ردها فهو على ما فعلوا من ذلك، فلو خلف ثلاثة بنين وعبداً لا يملك غيره فوصى به لأحدهم أو وهبه إياه في مرض موته وأجازه له أخوه فهو له، وإن أجاز له أحدهما وحده فله ثلثاه وإن أجازا له نصف العبد فله نصفه ولهما نصفه وإن أجاز أحدهما له نصف نصيبه ورد الآخر فله النصف كاملاً: الثلث نصيبه والسدس من نصيب المجيز، وإن أجاز كل واحد منهما له نصف نصيبه كمل له الثلثان وإن أجاز له أحدهما نصف نصيبه والآخر ثلاثة أرباع نصيبه كمل له ثلاثة أرباع العبد، وإن وصى بالعبد لاثنين منهما فللثالث أن يجيز لهما أو يرد عليهما، أو يجيز لهما بعض وصيتهما إن شاء متساوياً وإن شاء متفاضلاً أو يرد على أحدهما ويجيز للآخر وصيته كلها أو بعضها أو يجيز لأحدهما جميع وصيته وللآخر بعضها فكل ذلك جائز لأن الحق له فكيفما شاء فعل فيه.

مسألة: قال: (ومن أوصى لغير وارث بأكثر من الثلث فأجاز ذلك الورثة بعد موت الموصي جاز وإن لم يجيزوا رد إلى الثلث).

وجملة ذلك: أن الوصية لغير الوارث تلزم في الثلث من غير إجازة وما زاد على الثلث يقف على إجازتهم فإن أجازوه جاز وإن ردوه بطل في قول جميع العلماء، والأصل في ذلك قول النبيّ ﷺ لسعد حين قال: أوصي بمالي كله؟ قال: «لا»، قال: فبالثلثين؟ قال: «لا»، قال: فبالنصف؟ قال: «لا»، قال فبالثلث؟ قال: «الثلث والثلث كثير» وقوله عليه السلام: «إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند مماتكم» يدل على أنه لا شيء له في الزائد عليه وحديث عمران بن حصين في المملوكين الذين أعتقهم المريض ولم يكن له مال سواهم فدعا بهم النبيّ ﷺ فجزأهم ثلاثة أجزاء وأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة وقال له قولاً شديداً يدل أيضاً على أنه لا يصح تصرفه فيما عدا الثلث إذا لم يجز الورثة ويجوز بإجازتهم لأن الحق لهم والقول في بطلان الوصية بالزائد عن الثلث كالقول في الوصية للوارث على ما ذكرنا، وهل إجازتهم تنفيذ وعطية مبتدأة؟ فيه اختلاف ذكرناه في الوصية للوارث، والخلاف فيه مبني على أن الوصية به أو العطية في مرض الموت المخوف صحيحة موقوفة على الإجازة أو باطلة فظاهر المذهب أنها صحيحة وأن الإجازة تنفيذ مجرد يكفي فيه قول المجيز أجزت ذلك أو أنفذته أو نحوه من الكلام ولا يفتقر إلى شروط الهبة ويتفرع عن هذا الخلاف أنه لو أعتق عبداً لا مال له سواه في مرضه أو وصى بإعتاقه فأعتقوه بوصيته فقد نفذ العتق في ثلثه ووقف عتق باقيه على إجازة الورثة فإن أجازوه عتق جميعه واختص عصبات الميت بولائه كله إذا قلنا بصحة إعتاقه ووصيته، وإن قلنا هي باطلة والإجازة عطية مبتدأة اختص عصبات الميت بثلث ولائه وكان ثلثاه لجميع الورثة بينهم على قدر ميراثهم لأنهم باشروه بالإعتاق وكذلك لو تبرع بثلث ماله في مرضه ثم أعتق أو وصى بالإعتاق فالحكم فيه على ما ذكرنا، ولو أوصى لابن وارثه بعد تبرعه بثلث ماله أو أعطاه عطية في مرضه فأجاز أبوه وصيته وعطيته ثم أراد الرجوع فيما أجازه فله ذلك إن قلنا هي عطية مبتدأة وليس له ذلك على القول بأنها إجازة مجردة، ولو تزوج رجل ابنة عمه فأوصت له بوصية أو عطية في مرض موتها ثم ماتت وخلفته وأباه فأجاز أبوه وصيته وعطيته فالحكم فيه على ما ذكرنا، ولو وقف في مرضه على ورثته فأجازوا الوقف صح إن قلنا إجازتهم تنفيذ ولم يصح إن قلنا هي عطية مبتدأة ولأنهم يكونون واقفين على أنفسهم، ولا فرق في الوصية بين المرض والصحة وقد روى حنبل عن أحمد أنه قال: إن أوصى في المرض فهو من الثلث وإن كان صحيحاً فله أن يوصي بما شاء يعني به العطية قاله القاضي أما الوصية فإنها عطية بعد الموت فلا يجوز منها إلا الثلث على كل حال.

فصل: ولا يعتبر الرد والإجازة إلا بعد موت الموصي فلو أجازوا قبل ذلك ثم ردوا أو أذنوا لموروثهم في حياته بالوصية بجميع المال أو بالوصية لبعض ورثته ثم بدا لهم فردوا بعد وفاته فلهم الرد سواء كانت الإجازة في صحة الموصي أو مرضه نص عليه أحمد في رواية أبي طالب وروي ذلك عن ابن مسعود وهو قول شريح وطاوس والحكم والثوري والحسن بن

صالح والشافعي وأبي ثور وابن المنذر وأبي حنيفة وأصحابه، وقال الحسن وعطاء وحماد بن أبي سليمان وعبد الملك بن يعلى والزهري وربيعة والأوزاعي وابن أبي ليلى: ذلك جائز عليهم لأن الحق للورثة فإذا رضوا بتركه سقط حقهم كما لو رضي المشتري بالعيب وقال مالك: إن أذنوا له في صحته فلهم أن يرجعوا وإن كان ذلك في مرضه وحين يحجب عن ماله فذلك جائز عليهم.

ولنا: إنهم أسقطوا حقوقهم فيما لم يملكوه فلم يلزمهم كالمرأة إذا أسقطت صداقها قبل النكاح أو أسقط الشفيع حقه من الشفعة قبل البيع ولأنها حالة لا يصح فيها ردهم للوصية فلم يصح فيها إجازتهم كما قبل الوصية.

فصل: وإذا وصى بأكثر من الثلث فأجاز الوارث الوصية وقال: إنما أجزتها ظناً أن المال قليل فبان كثيراً فإن كانت للموصي بينة تشهد باعترافه بمعرفة قدر المال أو كان المال ظاهراً لا يخفى عليه لم يقبل قوله إلا على قول من قال الإجازة هبة مبتدأة فله الرجوع فيما يجوز الرجوع في الهبة في مثله وإن لم تشهد بينة باعترافه بذلك فالقول قوله مع يمينه لأن الإجازة تنزلت منزلة الإبراء فلا يصح في المجهول والقول قوله في الجهل به مع يمينه لأن الأصل عدم العلم ويحتمل أن لا يقبل قوله لأنه أجاز عقداً له الخيار في فسخه فبطل خياره كما لو أجاز البيع من له الخيار في فسخه بعيب أو خيار وإن أوصى بمعين كعبد أو فرس يزيد على الثلث فأجاز الوصية بها ثم قال ظننت المال كثيراً تخرج الوصية من ثلثه فبان قليلاً أو ظهر عليه دين لم أعلمه لم تبطل الوصية لأن العبد معلوم لا جهالة فيه ويحتمل أن يملك الفسخ لأنه قد يسمح بذلك ظناً منه أنه يبقى له من المال ما يكفيه فإذا بان خلاف ذلك لحقه الضرر في الإجازة فملك الرجوع كالمسألة التي قبلها.

فصل: ولا تصح الإجازة إلا من جائز التصرف. فأما الصبي والمجنون والمحجور عليه لسفه فلا تصح الإجازة منهم لأنها تبرع بالمال فلم تصح منهم كالهبة، وأما المحجور عليه لفلس فإن قلنا الإجازة هبة لم تصح منه لأنه ليس له هبة ماله وإن قلنا هي تنفيذ صحت.

مسألة: قال: (ومن أوصي له وهو في الظاهر وارث فلم يمت الموصي حتى صار الموصى له غير وارث فالوصية له ثابتة لأن اعتبار الوصية بالموت).

لا نعلم خلافاً بين أهل العلم في أن اعتبار الوصية بالموت فلو أوصى لثلاثة إخوة له متفرقين ولا ولد له ومات قبل أن يولد له ولد لم تصح الوصية لغير الأخ من الأب إلا بالإجازة من الورثة، وإن ولد له ابن صحت الوصية لهم جميعاً من غير إجازة إذا لم تتجاوز الوصية الثلث، وإن ولدت له بنت جازت الوصية لأخيه من أبيه وأخيه من أمه فيكون لهما ثلثا الموصى به بينهما نصفين ولا يجوز للأخ من الأبوين لأنه وارث وبهذا يقول الشافعي وأبو ثور وابن المنذر

وأصحاب الرأي وغيرهم ولا نعلم عن غيرهم خلافهم، ولو أوصى لهم وله ابن فمات ابنه قبل موته لم تجز الوصية لأخيه من أبويه ولا لأخيه من أمه وجازت لأخيه من أبيه، فإن مات الأخ من الأبوين قبل موته لم تجز للأخ من الأب أيضاً لأنه صار وارثاً.

فصل: ولو أوصى لامرأة أجنبية أو أوصت له ثم تزوجها لم تجز وصيتها إلا بالإجازة من الورثة وإن أوصى أحدهما للآخر ثم طلقها جازت الوصية لأنه صار غير وارث إلا أنه إن طلقها في مرض موته فقياس المذهب أنها لا تعطى أكثر من ميراثها لأنه يتهم في أنه طلقها ليوصل إليها ماله بالوصية فلم ينفذ لها ذلك كما لو طلقها في مرض موته أو وصى لها بأكثر مما كانت ترث.

فصل: وإن أعتق أمته في صحته ثم تزوجها في مرضه صح وورثته بغير خلاف نعلمه، وإن أعتقها في مرضه ثم تزوجها وكانت تخرج من ثلثه فنقل المروذي عن أحمد أنها تعتق وترث وهذا اختيار أصحابنا وهو قول أبي حنيفة لأنها امرأة نكاحها صحيح ولم يوجد في حقها مانع من موانع الإرث وهي الرق والقتل واختلاف الدين فترث كما لو كان أعتقها في صحتها، وقال الشافعي: تعتق ولا ترث لأنها لو ورثت لكان إعتاقها وصية لوارث فيؤدي توريثها إلى إسقاط توريثها لأن ذلك يقتضي إبطال عتقها فيبطل نكاحها ثم يبطل إرثها فكان إبطال الإرث وحده وتصحيح العتق والنكاح أولى.

فصل: وإن أعتق أمة لا يملك غيرها ثم تزوجها فالنكاح صحيح في الظاهر فإن مات ولم يملك شيئاً آخر تبين أن نكاحها باطل ويسقط مهرها إن كان لم يدخل بها وهذا قول أبي حنيفة والشافعي ويعتق منها ثلثها ويرق ثلثاها فإن كان قد دخل بها ومهرها نصف قيمتها عتق منها ثلاثة أسباعها ويرق أربعة أسباعها. وحساب ذلك أن تقول عتق منها شيء ولها بصداقها نصف شيء وللورثة شيئان فيجمع ذلك ويكون ثلاثة أشياء ونصف نبسطها فتكون سبعة لها منها ثلاثة ولهم أربعة ولا شيء للميت سواها فنجعل لنفسها منها ثلاثة أسباعها يكون حراً والباقي للورثة، وإن أحب الورثة أن يدفعوا إليها حصتها من مهرها وهو سبعاه ويعتق منها سبعاها ويسترقوا خمسة أسباعها فلهم ذلك وهذا مذهب الشافعي، وقال أبو حنيفة: يحسب مهرها من قيمتها ولها ثلث الباقي وتسعى فيما بقي وهو ثلث قيمتها فإن كان يملك مع الجارية قدر نصف قيمتها ولم يدخل بها عتق منها نصفها ورق نصفها لأن نصفها هو ثلث المال، وإن دخل بها عتق منها ثلاثة أسباعها ولها ثلاثة أسباع مهرها وإنما قل العتق فيها لأنها لما أخذت ثلاثة أسباع مهرها نقص المال به فيعتق منها ثلث الباقي وهو ثلاثة أسباعها. وحسابها أن تقول عتق منها شيء ولها بمهرها نصف شيء وللورثة شيئان يعدل ذلك الجارية ونصف قيمتها فالشيء سبعاها وسبعاً نصف قيمتها وهو ثلاثة أسباعها فهو الذي عتق منها وتأخذ نصف ذلك من المال بمهرها وهو ثلاثة أسباعه. فإن كان يملك معها مثل قيمتها ولم يدخل بها عتق ثلثاها ورق ثلثها وبطل

نكاحها، وإن كان دخل بها عتق أربعة أسباعها ولها أربعة أسباع مهرها ويبقى للورثة ثلاثة أسباعها وخمسة أسباع قيمتها وذلك يعدل مثلي ما عتق منها. وحسابها أن تجعل السبعة الأشياء معادلة لها ولقيمتها فيعتق منها بقدر سبعي الجميع وهو أربعة أسباعها وتستحق سبع الجميع بمهرها وهو أربعة أسباع مهرها، وإن كان يملك معها مثلي قيمتها عتقت كلها وصح نكاحها لأنها تخرج من الثلث إن أسقطت مهرها، وإن أبت أن تسقطه لم ينفذ عتقها ويبطل نكاحها فإن كان لم يدخل بها فينبغي أن يقضي بعتقها ونكاحها ولا مهر لها لأن إيجابه يفضي إلى إسقاطه وإسقاط عتقها ونكاحها فإسقاطه وحده أولى وإن كان قد دخل بها عملنا فيها على ما تقدم فيعتق ستة أسباعها ولها ستة أسباع مهرها ويبطل عتق سبعها ونكاحها، ولو أعتقها ولم يتزوجها ووطئها كان العمل فيها في هذه المواضع كما لو تزوجها وهذا مذهب الشافعي. وذكر القاضي في مثل هذه المسألة التي قبل الأخيرة ما يقتضي صحة عتقها ونكاحها مع وجوب مهرها فإنه قال فيمن أعتق في مرضه أمة قيمتها مائة وأصدقها مائتين لا مال له سواهما وهما مهر مثلها يصح العتق والصداق والنكاح لأن المائتين صداق مثلها وتزويج المريض بمهر المثل صحيح نافذ، وهذا غير جيد فإن ذلك يفضي إلى نفوذ العتق في المرض من جميع المال ولا أعلم به قائلاً ولو أنه أتلف المائتين أو أصدقهما لامرأة أجنبية ومات ولم يخلف شيئاً لبطل عتق ثلثي الأمة فإذا أخذتهما هي كان أولى في بطلانه والصحيح ما ذكرنا إن شاء الله تعالى، وقال أبو حنيفة: فيما إذا ترك مثلي قيمتها وكان مهرها نصف قيمتها تعطى مهرها وثلث الباقي بحسب ذلك من قيمتها وهو نصفها وثلثها فيعتق ذلك وتسعى في سدسها الباقي ويبطل نكاحها فأما إن خلف أربعة أمثال قيمتها صح عتقها ونكاحها وصداقها في قول الجميع لأن ذلك يخرج من الثلث وترث من الباقي في قول أصحابنا وهو قول أبي حنيفة، وقال الشافعي: لا ترث وهو مقتضى قول الخرقي لأنها لو ورثت لكان عتقها وصية لوارث واعتبار الوصية بالموت.

فصل: ولو أن امرأة مريضة أعتقت عبداً قيمته عشرة وتزوجها بعشرة في ذمته ثم ماتت وخلفت مائة اقتضى قول أصحابنا أن تضم العشرة التي في ذمته إلى المائة فيكون ذلك هو التركة ويرث نصف ذلك ويبقى للورثة خمسة وخمسون وهذا مذهب أبي حنيفة وقال صاحباه تحسب عليه قيمته أيضاً وتضم إلى التركة ويبقى للورثة ستون، وقال الشافعي: لا يرث شيئاً وعليه أداء العشرة التي في ذمته لئلا يكون إعتاقه وصية لوارث وهذا مقتضى قول الخرقي إن شاء الله تعالى.

فصل: ولو تزوج المريض امرأة صداق مثلها خمسة فأصدقها عشرة لا يملك غيرها ثم مات وورثته بطلت المحاباة لأنها وصية لوارث ولها صداقها وربع الباقي بالميراث فإن ماتت قبله صحت المحاباة ويدخلها الدور فيقول لها مهرها وهو خمسة وشيء بالمحاباة يبقى لورثة الزوج خمسة إلا شيئاً ثم رجع إليهم نصف مالها وهو ديناران ونصف شيء صار لهم سبعة ونصف إلا

نصف شيء يعدل شيئين أجبر وقابل يتبين أن الشيء ثلاثة فيكون لورثتها أربعة ولورثته ستة وإن أخلفت مع ذلك دينارين عاد إلى الزوج من ميراثها ثلاثة ونصف شيء فصار له ثمانية ونصف إلا نصف شيء أجبر وقابل يخرج الشيء ثلاثة وخمسين فصار لورثته ستة وأربعة أخماس ولورثتها خمسة وخمس.

فصل: وإذا أوصى بجارية لزوجها الحر فقبلها انفسخ النكاح. لأن النكاح لا يجتمع مع ملك اليمين وظاهر المذهب أن الموصى له إنما يملك بالقبول فحينئذ ينفسخ النكاح، وفيه وجه آخر أنه إذا قبل تبينا أن الملك كان ثابتاً من حين موت الموصي فتبين حينئذ أن النكاح انفسخ من حين موت الموصي. وإن أتت بولد لم تخل من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن تكون حاملاً به حين الوصية ويعلم ذلك بأن تأتي به لأقل من ستة أشهر منذ أوصى. فالصحيح أنه يكون موصى له معها لأن للحمل حكماً، ولهذا تصح الوصية به، وإذا صحت الوصية به منفرداً صحت الوصية به مع أمه فيصير كما لو كان منفصلاً فأوصى بهما جميعاً وفيه وجه آخر لا حكم للحمل فلا يدخل في الوصية وإنما ثبت له الحكم عند انفصاله كأنه حدث حينئذ فعلى هذا إن انفصل في حياة الموصي فهو له كسائر كسبها، وإن انفصل بعد موته وقبل القبول فهو للورثة على ظاهر المذهب وإن انفصل بعده فهو للموصى له.

الحال الثاني: أن تحمل به بعد الوصية في حياة الموصي ويعلم ذلك بأن تضعه بعد ستة أشهر من حين أوصى لأنها ولدته لمدة الحمل بعد الوصية فيحتمل أنها حملته بعدها فلم يتناوله والأصل عدم الحمل حال الوصية فلا يثبته بالشك فيكون مملوكاً للموصي إن ولدته في حياته وإن ولدته بعده وقلنا للحمل حكم فكذلك وإن قلنا لا حكم له فهو للورثة وإن ولدته قبل القبول ولا بينة إن وضعته بعده وكل موضع كان الولد للموصى له فإنه يعتق عليه لأنه ابنه وعليه ولاء لأبيه لأنه عتق عليه بالقرابة وأمه أمة ينفسخ نكاحها بالملك ولا تصير أم ولد لأنها لم تعلق منه بحر في ملكه.

الحال الثالث: أن تحمل بعد موت الموصي وقبل القبول ويعلم ذلك بأن تضعه لأكثر من ستة أشهر من حين الموت فإن وضعته قبل القبول أيضاً فهو للوارث في ظاهر المذهب لأن الملك إنما ثبت للموصى له بعد القبول وعلى الوجه الآخر يكون للموصى له وإن وضعته بعد القبول فكذلك لأن الظاهر أن للحمل حكماً فيكون حادثاً عن ملك الوارث وعلى الوجه الآخر يكون للموصى له فعلى هذا يكون حراً لا ولاء عليه لأنها أم ولد لكونها علقت منه بحر في ملكه فتصير كما لو حملت به بعد القبول ومذهب الشافعي في هذا الفصل قريب مما قلناه، وقال أبو حنيفة: إذا وضعته بعد موت الموصي دخل في الوصية بكل حال لأنها تستقر بالموت وتلزم فوجب أن تسري إلى الولد كالاستيلاد.

ولنا: إنها زيادة منفصلة حادثة بعد عقد الوصية فلا تدخل فيها كالكسب وإذا أوصى بعتق جارية فولدت، وتفارق الاستيلاد لأن له تغليباً وسراية وهذا التفريع فيما إذا خرجت الجارية من الثلث وإن لم تخرج من الثلث ملك منها بقدر الثلث وانفسخ النكاح لأن ملك بعضها يفسخ النكاح كملك جميعها وكل موضع يكون الولد فيه لابنه فإنه يكون منه هاهنا بقدر ما ملك من أمه ويسري العتق إلى باقيه إن كان موسراً وإن كان معسراً فقد عتق منه ما ملك وحده وكل موضع قلنا تكون أم ولد فإنها تصير أم ولد ها هنا سواء كان موسراً أو معسراً على قول الخرقي كما إذا استولد الأمة المشتركة قال القاضي: تصير منها أم ولد بقدر ما ملك منها وهذا مذهب الشافعي والله أعلم.

مسألة: قال: (فإن مات الموصى له قبل موت الموصي بطلت الوصية).

هذا قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال الزهري وحماد بن أبي سليمان وربيعة ومالك والشافعي وأصحاب الرأي، وقال الحسن: تكون لولد الموصى له، وقال عطاء: إذا علم الموصي بموت الموصى له. ولم يحدث فيما أوصى به شيئاً فهو لوارث الموصى له. لأنه مات قبل عقد الوصية فيقوم الوارث مقامه كما لو مات بعد موت الموصي وقبل القبول.

ولنا: إنها عطية صادفت المعطي ميتاً فلم تصح. كما لو وهب ميتاً وذلك لأن الوصية عطية بعد الموت وإذا مات قبل القبول بطلت الوصية أيضاً، وإن سلمنا صحتها. فإن العطية صادفت حياً بخلاف مسألتنا.

فصل: ولا تصح الوصية لميت. وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك: إن علم أنه ميت فهي جائزة. وهي لورثته بعد قضاء ديونه وتنفيذ وصاياه. لأن الغرض نفعه بها. وبهذا يحصل له النفع فأشبه ما لو كان حياً.

ولنا: إنه أوصى لمن لا تصح الوصية له إذا لم يعلم حاله فلم تصح إذا علم حاله كالبهيمة. وفارق الحي فإن الوصية تصح له في الحالين، ولأنه عقد يفتقر إلى القبول فلم يصح للميت كالهبة، إذا ثبت هذا. فإذا أوصى بثلثه أو بمائة لاثنين حي وميت فللحي نصف الوصية سواء علم موت الميت أو جهله. وهذا قول أبي حنيفة وإسحاق والبصريين. وقال الثوري وأبو يوسف ومحمد: إذا قال هذه المائة لفلان وفلان فهي للحي منهما، وإن قال بين فلان وفلان. فوافقنا الثوري في أن نصفها للحي وعن الشافعي كالمذهبين، وقال أبو الخطاب عندي أنه إذا علمه ميتاً فالجميع للحي، وإن لم يعلمه ميتاً فللحي النصف. وقد نقل عن أحمد ما يدل على هذا القول. قال في رواية ابن القاسم: إذا أوصى لفلان وفلان بمائة فبان أحدهما ميتاً. فللحي خمسون فقيل له: أليس إذا قال ثلثي لفلان وللحائط أن الثلث كله لفلان؟ فقال: وأي شيء

يشبه هذا الحائط له ملك؟ فعلى هذا إذا شرك بين من تصح الوصية له ومن لا تصح مثل أن يوصي لفلان وللملك وللحائط أو لفلان الميت. فالموصى به كله لمن تصح الوصية له، إذا كان عالماً بالحال لأنه إذا شرك بينهما في هذا الحال علم أنه قصد بالوصية كلها من تصح الوصية له. وإن لم يعلم الحال فلمن تصح الوصية له نصفها لأنه قصد إيصال نصفها إليه وإلى الآخر النصف الآخر ظناً منه أن الوصية له صحيحة، فإذا بطلت الوصية في حق أحدهما صحت في حق الآخر بقسطه كتفريق الصفقة، ووجه القول الأول: أنه جعل الوصية لاثنين فلم يستحق أحدهما جميعها كما لو كانا ممن تصح الوصية لهما فمات أحدهما، أو كما لو لم يعلم الحال، فأما إن وصى لاثنين حيين فمات أحدهما فللآخر نصف الوصية لا نعلم في هذا خلافاً، وكذلك لو بطلت الوصية في حق أحدهما لرده لها أو لخروجه عن أن يكون من أهلها. ولو قال أوصيت لكل واحد من فلان وفلان بنصف الثلث أو بنصف المائة أو بخمسين لم يستحق أحدهما أكثر من نصف الوصية سواء كان شريكه حياً أو ميتاً لأنه عين وصيته في النصف فلم يكن له حق فيما سواه.

مسألة: قال: (وإن رد الموصى له الوصية بعد موت الموصي بطلت الوصية).

لا يخلو إذا رد الوصية من أربع أحوال:

إحداها: أن يردها قبل موت الموصي فلا يصح الرد ها هنا لأن الوصية لم تقع بعد فأشبه رد المبيع قبل إيجاب البيع ولأنه ليس بمحل للقبول فلا يكون محلاً للرد كما قبل الوصية. **والثانية:** أن يردها بعد الموت وقبل القبول فيصح الرد وتبطل الوصية لا نعلم فيه خلافاً لأنه أسقط حقه في حال يملك قبوله وأخذه فأشبه عفو الشفيع عن الشفعة بعد البيع. **الثالثة:** أن يرد بعد القبول والقبض فلا يصح الرد لأن ملكه قد استقر عليه فأشبه رده لسائر ملكه إلا أن يرضى الورثة بذلك فتكون هبة منه لهم تفتقر إلى شروط الهبة. **الرابعة:** أن يرد بعد القبول وقبل القبض فينظر فإن كان الموصى به مكيلاً أو موزوناً صح الرد لأنه لا يستقر ملكه عليه قبل قبضه فأشبه رده قبل القبول وإن كان غير ذلك لم يصح الرد، لأن ملكه قد استقر عليه فهو كالمقبوض، ويحتمل أن يصح الرد بناء على أن القبض معتبر فيه ولأصحاب الشافعي في هذه الحال وجهان:

أحدهما: يصح الرد في الجميع ولا فرق بين المكيل والموزون وغيرهما وهذا المنصوص عن الشافعي لأنهم لما ملكوا الرد من غير قبول ملكوا الرد من غير قبض ولأن ملك الوصي لم يستقر عليه قبل القبض فصح رده كما قبل القبول.

والثاني: لا يصح الرد لأن الملك يحصل بالقبول من غير قبض.

فصل: وكل موضع صح الرد فيه فإن الوصية تبطل بالرد وترجع إلى التركة فتكون للوراث جميعهم، لأن الأصل ثبوت الحكم لهم وإنما خرج بالوصية فإذا بطلت الوصية رجع إلى ما كان عليه كأن الوصية لم توجد. ولو عين بالرد واحداً وقصد تخصيصه بالمردود لم يكن له ذلك وكان لجميعهم لأن رده امتناع من تملكه فيبقى على ما كان عليه ولأنه لم يملك دفعه إلى أجنبي فلم يملك دفعه إلى وارث يخصه به. وكل موضع امتنع الرد فيه لاستقرار ملكه عليه فله أن يختص به واحداً من الورثة لأنه ابتداء هبة ويملك أن يدفعه إلى أجنبي فملك دفعه إلى وارث فلو قال رددت هذه الوصية لفلان قيل له ما أردت بقولك لفلان؟ فإن أردت تمليكه إياها وتخصيصه بها فقبلها اختص بها وإن قال أردت ردها إلى جميعهم ليرضى فلان عادت إلى جميعهم إذا قبلوها فإن قبلها بعضهم دون بعض فلمن قبل حصته منها.

فصل: ويحصل الرد بقوله رددت الوصية وقوله لا أقبلها وما أدى هذا المعنى. قال أحمد: إذا قال أوصيت لرجل بألف فقال لا أقبلها فهي لورثته يعني لورثة الموصي.

مسألة: قال: (فإن مات قبل أن يقبل أو يرد قام وارثه في ذلك مقامه إذا كان موته بعد موت الموصي).

اختلف أصحابنا فيما إذا مات الموصى له قبل القبول والرد بعد موت الموصي، فذهب الخرقي إلى أن وارثه يقوم مقامه في القبول والرد لأنه حق ثبت للمورث فثبت للموروث بعد موته لقوله عليه السلام: «من ترك حقه فلورثته» وكخيار الرد بالعيب وذهب أبو عبد الله بن حامد إلى أن الوصية تبطل لأنه عقد يفتقر إلى القبول، فإذا مات من له القبول قبله بطل العقد كالهبة. قال القاضي: هو قياس المذهب لأنه خيار لا يعتاض عنه فبطل بالموت كخيار المجلس والشرط وخيار الأخذ بالشفعة، وقال أصحاب الرأي تلزم الوصية في حق الوارث وتدخل في ملكه حكماً بغير قبول لأن الوصية قد لزمت من جهة الموصي وإنما الخيار للموصى له وإذا مات بطل خياره ودخل في ملكه كما لو اشترى شيئاً على أن الخيار له فمات قبل انقضائه.

ولنا: على أن الوصية لا تبطل بموت الموصى له أنها عقد لازم من أحد الطرفين فلم تبطل بموت من له الخيار كعقد الرهن والبيع إذا شرط فيه الخيار لأحدهما، ولأنه عقد لا يبطل بموت الموجب فلا يبطل بموت الآخر كالذي ذكرنا، ويفارق الهبة والبيع قبل القبول من الوجهين اللذين ذكرناهما وهو أنه جائز من الطرفين ويبطل بموت الموجب له ولا يصح قياسه على الخيارات لأنه لم يبطل الخيار ويلزم العقد فنظيره في مسألتنا قول أصحاب الرأي.

ولنا: على إبطال قولهم إنه عقد يفتقر إلى قبول المتملك فلم يلزم قبل القبول كالبيع والهبة.

إذا ثبت هذا فإن الـوارث يقوم مقـام الموصى لـه في القبول والـرد لأن كل حق مـات عنه المستحق فلم يبطل بالموت قام الوارث فيه مقامه. فعلى هذا إن رد الـوارث الوصيـة بطلت وإن قبلها صحت وثبت الملك بها وإن كان الوارث جماعة اعتـبر القبول أو الـرد من جميعهم، فإن رد بعضهم وقبل بعض ثبت للقابل حصته وبطلت الوصية في حق من رد. فإن كان فيهم من ليس من أهل التصرف قام وليه مقامه في القبول والرد وليس له أن يفعل إلا ما للمولى عليه الحظ فيه فإن فعل غيره لم يصح فإذا كان الحظ في قبولها فردها لم يصح رده وكان له قبولها بعد ذلك، وإن كان الحظ في ردها فقبلها لم يصح قبوله لأن الولي لا يملك التصرف في حق المولى عليه بغير ما له الحظ فيه، فلو أوصى لصبي بذي رحم لـه يعتق بملكه لـه وكان عـلى الصبي ضرر في ذلك بـأن تلزمه نفقة الموصى به لكونه فقيراً لا كسب له والمولى عليه موسر لم يكن له قبول الوصية، وإن لم يكن عليه ضرر لكون الموصى به ذا كسب أو كـون المولى عليـه فقيراً لا تلزمـه نفقته تعـين قبول الوصية، لأن في ذلـك نفعاً للمـولى عليه لعتق قـرابته وتحـريره من غـير ضرر يعود عليـه فتعين ذلك، والله أعلم.

فصل: ولا يملك الموصى له الوصيـة إلا بالقبـول في قول جمهـور الفقهاء إذا كـانت لمعين يمكن القبول منه لأنها تمليك مال لمن هو من أهل الملك متعين فاعتبر قبولـه كالهبـة والبيع، قـال أحمد: الهبة والوصية واحد، فأما إن كانت لغير معين كالفقراء والمساكين ومن لا يملك حصرهم كبني هاشم وتميم أو على مصلحـة كمسجد أو حـج لم يفتقر إلى قبـول ولزمت بمجـرد الموت لأن اعتبار القبول من جميعهم متعـذر فيسقط اعتباره كـالوقف عليهم ولا يتعـين واحد منهم فيكتفي بقبوله، ولذلك لـو كان فيهم ذو رحم من المـوصى به مثـل أن يوصي بعبـد للفقراء وأبـوه فقير لم يعتق عليه، ولأن الملك لا يثبت للموصى لهم بدليل ما ذكرنـا من المسألـة وإنما ثبت لكـل واحد منهم بالقبض فيقوم قبضه مقام قبـوله، أمـا الآدمي المعين فيثبت لـه الملك فيعتبر قبـوله لكن لا يتعين القبول باللفظ بل يجزىء ما قام مقامه من الأخذ والفعل الدال على الرضا كقولنـا في الهبة والبيع، ويجوز القبول على الفور والتراخي ولا يكـون إلا بعد مـوت الموصي، لأنـه قبل ذلـك لم يثبت لـه حق ولذلـك لم يصح رده. فـإذا قبل ثبت الملك لـه من حين القبـول في الصحيـح من المذهب وهو قول مالك وأهل العراق وروي عن الشافعي.

وذكر أبو الخطاب في المسألة وجهاً آخر أنه إذا قبل تبينا أن الملك يثبت حين موت المـوصي وهو ظاهر مذهب الشافعي لأن ما وجب انتقـاله بـالقبول وجب انتقـاله من جهـة الموجب عنـد الإيجاب كالهبة والبيع، ولأنه لا يجوز أن يثبت الملك فيـه للوارث لأن الله تعالى قـال: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١١] ولأن الإرث بعـد الوصيـة ولا يبقى للميت لأنه صـار جماداً لا يملك شيئاً، وللشافعي قول ثالث غير مشهور: إن الوصيـة تملك بالمـوت ويحكم بذلـك قبل القبول لما ذكرنا.

ولنا: إنه تملك عين لمعين يفتقر إلى القبول فلم يسبق الملك القبول كسائر العقود ولأن القبول من تمام السبب والحكم لا يتقدم سببه. ولأن القبول لا يخلو من أن يكون شرطاً أو جزءاً من السبب والحكم لا يتقدم سببه ولا شرطه، ولأن الملك في الماضي لا يجوز تعليقه بشرط مستقبل، فإن قيل: فلو قال لامرأته أنت طالق قبل موتي بشهر ثم مات تبينا وقوع الطلاق قبل موته بشهر، قلنا ليس هذا شرطاً في وقوع الطلاق. وإنما تبين به الوقت الذي يقع فيه الطلاق، ولو قال: إذا مت فأنت طالق قبله بشهر لم يصح. وأما انتقاله من جهة الموجب في سائر العقود فإنه لا ينتقل إلا بعد القبول فهو كمسألتنا غير أن ما بين الإيجاب والقبول ثم يسير لا يظهر له أثر بخلاف مسألتنا. قولهم: إن الملك لا يثبت للوارث ممنوع، فإن الملك ينتقل إلى الوارث بحكم الأصل إلا أن يمنع منه مانع، وقول الله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١١] قلنا: المراد به وصية مقبولة بدليل أنه لو لم يقبل لكان ملكاً للوارث وقبل قبولها فليست مقبولة ويحتمل أن يكون المراد بقوله: ﴿فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ﴾ [النساء: ١١] أي لكم ذلك مستقر فلا يمنع هذا ثبوت الملك غير مستقر ولهذا لا يمنع الدين ثبوت الملك في التركة وهو آكد من الوصية وإن سلمنا أن الملك لا يثبت للوارث فإنه يبقى ملكاً للميت كما إذا كان عليه دين وقولهم: لا يبقى له ملك ممنوع فإنه يبقى ملكه فيما يحتاج إليه من مؤنة تجهيزه ودفنه وقضاء ديونه ويجوز أن يتجدد له ملك في ديونه إذا قبل وفيما إذا نصب شبكة فوقع فيها صيد بعد موته بحيث تقضى ديونه وتنفذ وصاياه ويجهز إن كان قبل تجهيزه. فهذا يبقى على ملكه لتعذر انتقاله إلى الوارث من أجل الوصية وامتناع انتقاله إلى الوصي قبل تمام السبب فإن رد الموصى له أو قبل انتقل حينئذ فإن قلنا بالأول وأنه ينتقل إلى الوارث فإنه يثبت له الملك على وجه لا يفيد إباحة التصرف كثبوته في العين المرهونة فلو باع الموصى به أو رهنه أو أعتقه أو تصرف بغير ذلك لم ينفذ شيء من تصرفاته ولو كان الوارث ابناً للموصى به مثل أن تملك امرأة زوجها الذي لها منه ابن فتوصي به لأجنبي فإذا ماتت انتقل الملك فيه إلى ابنه إلى حين القبول ولا يعتق عليه والله أعلم.

فصل: فيما يختلف من الفروع باختلاف المذهبين

من ذلك أنه إذا حدث للموصى به نماء منفصل بعد موت الموصي وقبل القبول كالثمرة والنتاج والكسب فهو للورثة وعلى الوجه الآخر يكون للموصى له ولو أوصى بأمة لزوجها فأولدها بعد موت الموصي وقبل القبول فولده رقيق للوارث وعلى الوجه الآخر يكون حر الأصل ولا ولاء عليه وأمه أم ولد لأنها علقت منه بحر في ملكه وإن مات الموصى له قبل القبول والرد فلوارثه قبولها فإن قبلها ملك الجارية وولدها وإن كان ممن يعتق الولد عليه عتق ولم يرث من ابنه شيئاً وعلى الوجه الآخر تكون الجارية أم ولد ويرث الولد أباه فإن كان يحجب الوارث القابل حجبه، وقال أكثر أصحاب الشافعي: لا يرث الولد هاهنا شيئاً لأن توريثه يمنع كون القابل

وارثاً فيبطل قبوله فيفضي إلى الدور وإلى إبطال ميراثه فأشبه ما لو أقر الوارث بمن يحجبه عن الميراث وقد ذكرنا في الإقرار ما يدفع هذا وأن المقر به يرث فكذا هاهنا ويعتبر قبول من هو وارث في حال اعتبار القبول كما يعتبر في الإقرار إقرار من هو وارث حال الإقرار والله أعلم.

ومن ذلك: لو أوصى لرجل بأبيه فمات الموصى له قبل القبول فقبل ابنه صح وعتق عليه الجد ولم يرث من ابنه شيئاً لأن حريته إنما حدثت حين القبول بعد أن صار الميراث لغيره وعلى الوجه الآخر تثبت حريته من حين موت الموصي ويرث من ابنه السدس، وقال بعض أصحاب الشافعي: لا يرث أيضاً لأنه لو ورث لاعتبر قبوله ولا يجوز اعتبار قبوله قبل الحكم بحريته وإذا لم يجز اعتباره لم يعتق فيؤدي توريثه إلى إبطال توريثه وهذا فاسد، فإنه لو أقر جميع الورثة بمشارك لهم في الميراث ثبت نسبه وورث مع أنه يخرج المقرون به عن كونهم جميع الورثة ومن ذلك: أنه لو مات الموصى له فقبل وارثه لثبت الملك للوارث القابل ابتداء من جهة الموصي لا من جهة موروثه ولم يثبت للموصى له شيء فحينئذ لا تقضى ديونه ولا تنفذ وصاياه ولا يعتق من يعتق عليه وإن كان فيهم من يعتق على الوارث عتق عليه وكان ولاؤه له دون الموصى له، وعلى الوجه الآخر يتبين أن الملك كان ثابتاً للموصى له وأنه انتقل منه إلى وارثه فتنعكس هذه الأحكام فتقضى ديونه وتنفذ وصاياه ويعتق من يعتق عليه وله ولاؤه يختص به الذكور من ورثته ومن ذلك: أن الموصى به لو كان أمة فوطئها الوارث فأولدها صارت أم ولد له وولدها حر لأنه وطئها في ملكه وعليه قيمتها للموصى له إذا قبلها فإن قيل كيف قضيتم بعتقها هاهنا وهي لا تعتق بإعتاقها؟ قلنا: الاستيلاد أقوى ولذلك يصح من المجنون والراهن والأب والشريك المعسر وإن لم ينفذ إعتاقهم. وعلى الوجه الآخر يكون ولده رقيقاً والأمة باقية على الرق، وإن وطئها الموصى له قبل قبولها كان ذلك قبولاً لها وثبت الملك له به لأنه لا يجوز إلا في الملك فإقدامه عليه دليل على اختياره الملك. فأشبه ما لو وطىء من له الرجعة الرجعية أو وطىء من له الخيار في البيع الأمة المبيعة أو وطىء من له خيار فسخ النكاح امرأته.

فصل: وتصح الوصية مطلقة ومقيدة فالمطلقة أن يقول: إن مت فثلثي للمساكين أو لزيد، والمقيدة أن يقول: إن مت من مرضي هذا أو في هذه البلدة أو في سفري هذا فثلثي للمساكين فإن برأ من مرضه أو قدم من سفره أو خرج من البلدة ثم مات بطلت الوصية المقيدة وبقيت المطلقة. قال أحمد فيمن وصى وصية إن مات من مرضه هذا أو من سفره هذا ولم يغير وصيته ثم مات بعد ذلك فليس له وصية، وبهذا قال الحسن والثوري والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، وقال مالك: إن قال قولاً ولم يكتب كتاباً فهو كذلك، وإن كتب كتاباً ثم صح من مرضه وأقر الكتاب فوصيته بحالها ما لم ينقضها.

ولنا: إنها وصية بشرط لم يوجد شرطها فبطلت كما لو لم يكتب كتاباً أو كما لو وصى لقوم فماتوا قبله ولأنه قيد وصيته بقيد فلا يتعداه كما ذكرنا، وإن قال لأحد عبديه: أنت حر بعد موتي

وقال للآخر: أنت إن مت في مرضي هذا فمات في مرضه فالعبدان سواء في التدبير، وإن برأ من مرضه ذلك بطل تدبير المقيد وبقي تدبير المطلق بحاله، ولو وصى لرجل بثلثه وقال: إن مت قبلي فهو لعمرو صحت وصيته على حسب ما شرطه، له وكذلك في سائر الشروط. فإن النبيّ ﷺ قال: «المسلمون على شروطهم».

مسألة: قال: (وإذا أوصى له بسهم من ماله أعطي السدس، وعن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى: يعطى سهماً مما تصح منه الفريضة).

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيما لو أوصى بسهم فروي عنه: أن للموصى له السدس، وروي ذلك عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه قال الحسن وإياس بن معاوية والثوري، والرواية الثانية: أنه يعطى سهماً مما تصح منه الفريضة فينظر كم سهماً صحت منه الفريضة ويزاد عليها مثل سهم من سهامها للموصى له وهذا قول شريح قال: ترفع السهام فيكون للموصى له سهم. قال القاضي: هذا ما لم تزد على السدس فإن زاد السهم على السدس فله السدس لأنه متحقق. وجه ذلك أن قوله سهماً ينبغي أن ينصرف إلى سهام فريضته لأن وصيته منها فينصرف السهم إليها فكان واحداً من سهامها، كما لو قال: فريضتي كذا وكذا سهماً لك منها سهم، وقال الخلال وصاحبه: أقل سهماً من سهام الورثة، لأن أحمد قال في رواية أبي طالب والأثرم: إذا أوصى له بسهم من ماله يعطى سهماً من الفريضة قيل له: نصيب رجل أو نصيب امرأة؟ قال: أقل ما يكون من السهام. قال القاضي: ما لم يزد على السدس وهذا قول أبي حنيفة. وقال صاحباه: إلا أن يزيد على الثلث فيكون له الثلث. ووجه هذا القول: أن سهام الورثة أنصباؤهم فيكون له أقلها لأنه اليقين فإن زاد على السدس دفع إليه السدس لأنه أقل سهم يرثه ذو قرابة، وقال أبو ثور: يعطى سهماً من أربعة وعشرين لأنها أكثر أصول الفرائض فالسهم منها أقل السهام، وقال الشافعي وابن المنذر: يعطيه الورثة ما شاؤوا لأن ذلك يقع عليه اسم السهم فأشبه ما لو أوصى له بجزء أو حظ، وقال عطاء وعكرمة: لا شيء له.

ولنا: ما روى ابن مسعود: أن رجلاً أوصى لرجل بسهم من المال فأعطاه النبيّ ﷺ السدس. ولأن السهم في كلام العرب السدس قال إياس بن معاوية: السهم في كلام العرب السدس فتنصرف الوصية إليه كما لو لفظ به ولأنه قول علي وابن مسعود ولا مخالف لهما في الصحابة ولأن السدس أقل سهم مفروض يرثه ذو قرابة فتنصرف الوصية إليه.

إذا ثبت هذا فإن السدس الذي يستحقه الموصى له يكون بمنزلة سدس مفروض فإن كانت المسألة كاملة الفروض أعيلت به، وإن كانت عائلة زاد عولها به، وإن كان فيها رد أو كانوا عصبة أعطي سدساً كاملاً، قال أحمد في رواية ابن منصور وحرب: إذا أوصى الرجل

بسهم من ماله يعطى السدس إلا أن تعول الفريضة فيعطى سهماً مع العول فكأن معنى الوصية أوصيت لك بسهم من يرث السدس فلو أوصى له بسهم في مسألة فيها زوج وأخت كان له السبع كما لو كان معهما جدة على الروايات الثلاث، وكذلك لو كان في المسألة أم وثلاث أخوات متفرقات فإن كان معهم زوج فالمسألة من تسعة وللموصى له العشر على الروايات الثلاث، وإن كان الورثة ثلاث أخوات متفرقات فللموصى له السدس على الروايات الثلاث وإن كانوا زوجاً وأبوين وابنين فالمسألة من خمسة عشر وتعول بسدس آخر فتصير من سبعة عشر، وكذلك على قول الخلال لأن أقل سهام الورثة سدس. وعلى الرواية الأخرى: يكون للوصي سهم واحد يزاد على خمسة عشر. فتصير ستة عشر. وإن كانوا زوجة وأبوين وابناً فالفريضة من أربعة وعشرين وتعول بالسدس الموصى به إلى ثمانية وعشرين. وعلى الرواية الثانية: يزاد عليها سهم واحد للموصى له، فتكون من خمسة وعشرين. وعلى قول الخلال يزاد عليها مثل سهم الزوجة، فتكون من سبعة وعشرين. وإن كانوا خمسة بنين فللوصي السدس كاملاً، وتصح من ستة على الروايات الثلاث. فإن كان معهم زوجة صحت الفريضة من أربعين. فتزيد عليها سهماً للوصي على إحدى الروايات تصير أحداً وأربعين. وعلى قول الخلال: نزيد مثل نصيب الزوجة فتصير خمسة وأربعين. وعلى الرواية الأولى: نزيد عليها مثل سدسها ولا سدس لها فنضربها في ستة ثم نزيد عليها سدسها تكن مائتين وثمانين. للوصي أربعون وللزوجة ثلاثون. ولكل ابن اثنان وأربعون. ولو خلف أبوين وابنين وأوصى لرجل بسدس ماله ولآخر بسهم جعلت ذا السهم كالأم وأعطيت صاحب السدس سدساً كاملاً وقسمت الباقي بين الورثة والموصى له على سبعة فتصح من اثنين وأربعين لصاحب السدس سبعة ولصاحب السهم خمسة على الروايات الثلاث، ويحتمل أن يعطى ذو السهم السبع كاملاً كأنه أوصى له من غير وصية أخرى. فيكون له ستة ويبقى تسعة وعشرون على ستة لا تنقسم فنضربها في اثنين وأربعين تكن مائتين واثنين وخمسين.

فصل: وإن أوصى بجزء أو حظ أو نصيب أو شيء من ماله أعطاه الورثة ما شاؤوا. لا أعلم فيه خلافاً، وبه قال أبو حنيفة والشافعي وابن المنذر وغيرهم لأن كل شيء جزء ونصيب وحظ وشيء. وكذلك إن قال: أعطوا فلاناً من مالي أو ارزقوه لأن ذلك لا حد له في اللغة ولا في شرع فكان على إطلاقه.

مسألة: قال: (وإذا أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته ولم يسمه كان له مثل ما لأقلهم نصيباً كأن أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته وهم ابن وأربع زوجات فتكون صحيحة من اثنين وثلاثين سهماً للزوجات الثمن وهو أربعة وما بقي فللابن فزاد في سهام الفريضة مثل حظ امرأة من نسائه فتصير الفريضة من ثلاثة وثلاثين سهماً للموصى له سهم ولكل امرأة سهم وما بقي فللابن).

وجملة ذلك: أنه إذا أوصى بمثل نصيب أحد ورثته غير مسمى. فإن كان الورثة يتساوون في الميراث كالبنين. فله مثل نصيب أحدهم مزاداً على الفريضة ويجعل كواحد منهم زاد فيهم، وإن كانوا يتفاضلون كمسألة الخرقي فله مثل نصيب أقلهم ميراثاً يزاد على فريضتهم، وإن أوصى بنصيب وارث معين فله مثل نصيبه مزاداً على الفريضة. وهذا قول الجمهور وبه قال أبو حنيفة والشافعي، وقال مالك وابن أبي ليلى وزفر وداود يعطى مثل نصيب المعين أو مثل نصيب أحدهم إذا كانوا يتساوون من أصل المال غير مزيد ويقسم الباقي بين الورثة. لأن نصيب الوارث قبل الوصية من أصل المال، فلو أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد فالوصية بجميع المال، وإن كان له ابنان فالوصية بالنصف وإن كانوا ثلاثة فالوصية بالثلث، وقال مالك: إن كانوا يتفاضلون نظر إلى عددهم فأعطي سهماً من عددهم لأنه لا يمكن اعتبار أنصبائهم لتفاضلهم فاعتبر عدد رؤوسهم.

ولنا: إنه جعل وارثه أصلاً وقاعدة حمل عليه نصيب الموصى له. وجعله مثلاً له وهذا يقتضي أن لا يزاد أحدهما على صاحبه، ومتى أعطى من أصل المال فما أعطى مثل نصيبه ولا حصلت له التسوية. والعبارة تقتضي التسوية وإنما جعل له مثل أقلهم نصيباً لأنه اليقين وما زاد فمشكوك فيه. فلا يثبت مع الشك وقوله: «يعطي سهماً من عددهم» خلاف ما يقتضيه لفظ الموصي. فإن هذا ليس بنصيب لأحد ورثته ولفظه إنما اقتضى نصيب أحدهم وتفاضلهم لا يمنع كون نصيب الأقل نصيب أحدهم فيصرفه إلى الوصي لقول الموصي وعملاً بمقتضى وصيته. وذلك أولى من اختراع شيء لا يقتضيه قول الموصي أصلاً. وقوله: «تعذر العمل بقول الموصي» غير صحيح فإنه أمكن العمل به بما قلناه ثم لو تعذر العمل به. لما جاز أن يوجب في مال حقاً لم يأذن فيه ولم يأمر به، وقد مثل الخرقي في هذه المسألة بما أغنى عن تمثيلها. ولو قال: أوصيت بمثل نصيب أقلهم ميراثاً كان كما لو أطلق وكان ذلك تأكيداً وإن قال أوصيت بمثل نصيب أكثرهم ميراثاً. فله ذلك مضافاً إلى المسألة فيكون له في مسألة الخرقي ثمانية وعشرون تضم إلى الفريضة فيكون الجميع ستين سهماً.

فصل: وإن أوصى بنصيب وارث ففيها وجهان:

أحدهما: تصح الوصية ويكون ذلك كالوصية بمثل نصيبه. وهذا قول مالك وأهل المدينة واللؤلؤي وأهل البصرة. وابن أبي ليلى وزفر وداود. **والوجه الثاني**: لا تصح الوصية. وهو الذي ذكره القاضي: وهو قول أصحاب الشافعي وأبي حنيفة وصاحبيه. لأنه أوصى بما هو حق للابن. فلم يصح كما لو قال بدار ابني أو بما يأخذه ابني. وجه الأول أنه أمكن تصحيح وصيته بحمل لفظه على مجازه فصح. كما لو طلق بلفظ الكناية أو أعتق وبيان إمكان التصحيح: أنه أمكن تقدير حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه أي بمثل نصيب وارثي، ولأنه لو أوصى بجميع ماله صح. وإن تضمن ذلك الوصية بنصيب وراثه كلهم.

فصـــل: وإن قـال: أوصيت لــك بضعف نصيب ابني فله مثـلاً نصيبـه. وبهـذا قـال الشـافعي، وقال أبـو عبيـد القـاسم بن سـلام: الضعف المثـل. واستـدل بقـول الله تعـالى: ﴿يُضَاعفْ لِهَـا الْعَـذَابُ ضِعْفَيْنِ﴾ [الأحزاب: ٣٠] أي مثلين وقـوله: ﴿فَـآتَتْ أُكُلَهَا ضِعْفَيْنِ﴾ [البقرة: ٢٦٥] أي مثلين وإذا كان الضعفان مثلين فالواحد مثل.

ولنا: أن الضعف مثلان بدليل قوله تعالى: ﴿لأَذَقْنَاكَ ضِعْفَ الْحَيَـاةِ وَضِعْفَ الْمَمَاتِ﴾ [الإسراء: ٧٥] وقال: ﴿فَأُولَئِـكَ لَهُمْ جَزَاءُ الضِّعْفِ بِمَـا عَمِلُوا﴾ [سبأ: ٣٧] وقـال: ﴿وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ زَكَاةٍ تُرِيدُونَ وَجْهَ الله فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُضْعِفُـونَ﴾ [الروم: ٣٩] ويـروى عن عمر أنـه أضعف الزكاة على نصارى بني تغلب فكان يأخذ من المائتـين عشرة. وقال لحـذيفة وعثـمان بن حنيف: لعلكما حملتما الأرض ما لا تطيق؟ فقـال عثمان: لـو أضعفت عليها لاحتملت. قـال الأزهري: الضعف المثل فما فوقه. وأما قوله: إن الضعفين المثلين. فقـد روى ابن الأنباري عن هشـام بن معاوية النحوي قال: العرب تتكلم بالضعف مثنى فتقـول: إن أعطيتني درهمـاً فلك ضعفاه أي مثلاه وإفراده لا بأس به إلا أن التثنيـة أحسن يعني أن المفرد والمثنى في هـذا بمعنى واحد، قـال أبو عبيدة معمر بن المثنى: ضعف الشيء هو مثله وضعفاه هو مثلاه وثلاثة أضعافه ثلاثـة أمثالـه وعلى هذا.

فصـل: وإن قال: أوصيت لـك بضعفي نصيب ابني فله مثلاً نصيبـه، وإن قال ثـلاثـة أضعافه فله ثلاثة أمثاله هذا الصحيح عندي. وهو قـول أبي عبيد، وقـال أصحابنـا: إن أوصى بضعفيه فله ثلاثة أمثاله. وإن أوصى بثلاثة أضعافه فله أربعة أمثاله، وعلى هذا كلما زاده ضعفاً زاد مرة. وهذا قول الشافعي. واحتجوا بقول أبي عبيـدة وقد ذكـرناه، وقـال أبو ثـور: ضعفاه أربعة أمثاله وثلاثة أضعافه ستة أمثاله. لأنه قد ثبت أن ضعف الشيء مثـلاه فتثنيته مثـلاً مفرده كسائر الأسماء.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿فَآتَتْ أُكُلَهَا ضِعْفَيْنِ﴾ [البقرة: ٢٦٥] قال عكرمـة: تحمل في كـل عام مرتين، وقال عطاء: أثمرت في سنة مثل ثمرة غيرها سنتين. ولا خـلاف بين المفسرين فيـما علمت في تفسـير قولـه تعالى: ﴿يُضَـاعفْ لها الْعَـذَابُ ضِعْفَيْنِ﴾ [الأحزاب: ٣٠] أن المـراد به مرتين، وقد دل عليه قوله تعالى: ﴿نُؤْتِهَا أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ﴾ [الأحزاب: ٣١] ومحال أن يجعل أجـرها على العمل الصالح مرتين وعذابها على العمل الفاحش ثلاث مـرات. فإن الله تعـالى إنما يـريد تضعيف الحسنـات على السيئـات. وهذا هـو المعهود من كـرمه وفضله، وأمـا قـول أبي عبيـدة فخـالفه فيـه غيره وأنكـروا قولـه. قال ابن عـرفة: لا أحب قـول أبي عبيدة في ﴿يُضَـاعفْ لَهَـا الْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ﴾ لأن الله تعالى قال في آية أخرى: ﴿نُؤْتِهَا أَجْـرَهَا مَـرَّتَيْنِ﴾ فاعلم أن لهـا من هذا حظين ومن هذا حظين.

وقد نقل معاوية بن هشام النحوي عن العرب أنهم ينطقون بالضعف مثنى ومفرداً بمثنى واحد، وموافقة العرب على لسانهم مع ما دل عليه كلام الله تعالى العزيز وقول المفسرين من التابعين وغيرهم أولى من قول أبي عبيدة المخالف لذلك كله مع مخالفة القياس، ونسبة الخطأ إليه أولى من تخطئة ما ذكرناه. وأما قول أبي ثور فظاهر الفساد لما فيه من مخالفة الكتاب والعرب وأهل العربية. ولا يجوز التمسك بمجرد القياس المخالف للنقل. فقد يشذ من العربية كلمات تؤخذ نقلاً بغير قياس والله أعلم.

فصل: وإن وصى بمثل نصيب من لا نصيب له مثل أن يوصي بنصيب ابنه. وهو ممن لا يرث لكونه رقيقاً أو مخالفاً لدينه أو بنصيب أخيه وهو محجوب عن ميراثه فلا شيء للموصى له لأنه لا نصيب له فمثله لا شيء له.

فصل: وإن أوصى لرجل بثلث ولآخر بربع ولآخر بخمس ولآخر بمثل وصية أحدهم فله الخمس، وإن وصى لرجل بعشرة ولآخر بستة ولآخر بأربعة ولآخر بمثل وصية أحدهم فله أربعة لأنها اليقين، وإن قال: فلان شريكهم فله خمس ما لكل واحد منهم، وإن وصى لأحدهم بمائة ولآخر بدار ولآخر بعبد ثم قال: فلان شريكهم فله نصف ما لكل واحد منهم. ذكرها الخبري. لأنه هاهنا يشارك كل واحد منهم منفرداً والشركة تقتضي التسوية فلهذا كان له النصف بخلاف الأوليين فإنهم كلهم مشتركون وقال ابن القاسم: له الربع في الجميع.

فصل: ولو أوصى بمثل نصيب وارث لو كان فقد الوارث موجوداً وانظر ما للموصى له مع وجوده، فهو له مع عدمه فإن خلف ابنين وأوصى بمثل نصيب الثالث فللموصى له الربع ولو وصى بمثل نصيب خامس لو كان فللموصى له السدس وعلى هذا أبداً. ولو خلفت زوجاً وأوصت بمثل نصيب أم لو كانت فللموصى له الخمس. لأن للأم الربع لو كانت فيجعل له سهماً مضافاً إلى أربعة يكن خمساً فقس على هذا.

مسألة: قال: (وإذا خلف ثلاثة بنين وأوصى لآخر بمثل نصيب أحدهم كان للموصى له الربع).

هذا قول أكثر أهل العلم منهم الشعبي والنخعي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي. وعند مالك وموافقيه للموصى له الثلث والباقي بين الابنين وتصح من تسعة. وقد دللنا على فساده. ولو خلف ابناً واحداً وأوصى بمثل نصيبه فللموصى له النصف في حال الإجازة والثلث في حال الرد. وعند مالك للموصى له في حال الإجازة جميع المال.

فصل: فإن خلف بنتاً وأوصى بمثل نصيبها فالحكم فيها كالحكم فيما لو كان ابناً عند من يرى الرد لأنها تأخذ المال كله بالفرض والرد، ومن لا يرى الرد يقتضي قوله: أن يكون له الثلث

ولها نصف الباقي وما بقي لبيت المال ويقتضي قول مالك: أن يكون للموصى له النصف في حال الإجازة ولها نصف الباقي وما بقي لبيت المال فإن خلف ابنتين وأوصى بمثل نصيب إحداهما فهي من ثلاثة عندنا ويقتضي قول من لا يرى الرد: أنها من أربعة لبيت المال الربع ولكل واحد منهم ربعه، ويقتضي قول مالك: أن الثلث للموصى له وللبنتين ثلثا ما بقي والباقي لبيت المال وتصح من تسعة. فإن خلص جدة وحدها وأوصى بمثل نصيبها، فقياس قولنا: إن المال بينهما نصفين، وقياس قول من لا يرى الرد: أنها من سبعة لكل واحد منهما السبع والباقي لبيت المال. وقياس قول مالك: أن للموصى له السدس وللجدة سدس ما بقي والباقي لبيت المال.

فصل: وإذا خلف ثلاثة بنين وأوصى لثلاثة بمثل أنصبائهم فالمال بينهم على ستة إن أجازوا، وإن ردوا فمن تسعة للموصى لهم الثلث ثلاثة والباقي بين البنين على ثلاثة فإن أجازوا لواحد وردوا على اثنين فللمردود عليهما التسعان اللذان كانا لهما في حال الرد عليهم، وفي المجاز له وجهان.

أحدهما: له السدس الذي كان له في حال الإجازة للجميع، وهذا قول أبي يوسف وابن شريح فيأخذ السدس والتسعين من مخرجهما وهو ثمانية عشر يبقى أحد عشر بين البنين على ثلاثة لا يصح فيضرب عددهم في ثمانية عشر تكن أربعة وخمسين، للمجاز له السدس تسعة ولكل واحد من صاحبه ستة ولكل ابن أحد عشر.

والوجه الثاني: أن يضم المجاز له إلى البنين ويقسم الباقي بعد التسعين عليهم وهم أربعة لا تنقسم فتضرب أربعة في تسعة تكن ستة وثلاثين فإن أجاز الورثة بعد ذلك للآخرين أتموا لكل واحد منهم تمام سدس المال فيصير المال بينهم أسداساً على الوجه الأول وعلى الوجه الآخر يضمون ما حصل لهم وهو أحد وعشرون من ستة وثلاثين إلى ما حصل لهما وهو ثمانية ويقتسمونه بينهم على خمسة ولا يصح فتضرب خمسة في ستة وثلاثين تكن مائة وثمانين ومنها تصح، وإن أجاز أحد البنين لهم ورد الآخران عليهم فللمجيز السدس وهو ثلاثة من ثمانية عشر وللذين لم يجيزوا أربعة أتساع ثمانية تبقى سبعة بين الموصى لهم على ثلاثة اضربها في ثمانية عشر تكن أربعة وخمسين. وإن أجاز واحد لواحد دفع إليه ثلث ما في يده من الفضل وهو ثلث سهم من ثمانية عشر فاضربها في ثلاثة تكن أربعة وخمسين. والله أعلم.

فصل: وإذا وصى لرجل بجزء مقدر ولآخر بمثل نصيب وارث من ورثته ففيها وجهان:

أحدهما: يعطي الجزء لصاحبه ويقسم الباقي بين الورثة والموصى له كأنه ذلك الوارث إن أجازوا، وإن ردوا قسمت الثلث بين الوصيين على حسب ما كان لهما في حال الإجازة والثلثان بين الورثة.

والوجه الثاني: أن يعطى صاحب النصيب مثل نصيب الوارث كأن لا وصية سواها وهذا قول يحيى بن آدم، مثاله: رجل أوصى بثلث ماله لرجل ولآخر بمثل نصيب أحد بنيه وهم ثلاثة فعلى الوجه الأول للموصى له بالثلث الثلث وما بقي بين البنين والوصي على أربعة وتصح من ستة لصاحب الثلث سهمان وللآخر سهم فإن ردوا فالثلث بين الوصيين على ثلاثة والثلثان بين البنين على ثلاثة وتصح من تسعة وعلى الوجه الآخر لصاحب الثلث الثلث وللآخر الربع إن أجيز لهما وإن رد عليهما قسمت الثلث بينهما على سبعة والثلثان للورثة، وتصح من ثلاثة وستين وإن كان الجزء يزيد على الثلث مثل: إن أوصى لرجل بالنصف ولآخر بمثل نصيب أحد بنيه ففيها وجه ثالث وهو أن يجعل لصاحب النصيب نصيبه من الثلثين وهو ربعه لأن الثلثين حق الورثة لا يؤخذ منها شيء إلا بإجازتهم ورضاهم فيكون صاحب النصيب كواحد منهم لا تنقص من السدس شيئاً إلا بإجازته، فعلى الوجه الأول لصاحب الجزء النصف والباقي بين الآخر والبنين على أربعة، وتصح من ثمانية إن أجازوا، وإن ردوا قسمت الثلث بين الوصيين على خمسة والثلثين بين البنين على ثلاثة، وتصح من خمسة وأربعين. وعلى الوجه الثاني لصاحب النصف النصف وللآخر الربع ويبقى الربع بين البنين، وتصح من اثني عشر وإن ردوا فالثلث بين الوصيين على ثلاثة وتصح من تسعة وعلى الوجه الثالث لصاحب النصف النصف وللآخر السدس، ويبقى الثلث بين البنين على ثلاثة وتصح من ثمانية عشر، وإن ردوا فالثلث بين الوصيين على أربعة وتصح من ستة وثلاثين، وإن أوصى لصاحب الجزء بالثلثين فعلى الوجه الأول لصاحب النصف ربع الثلث سهم من اثني عشر إن أجازوا وإن ردوا قسمت الثلث بين الوصيين على تسعة، وعلى الوجه الثاني يكون له الربع في حال الإجازة وفي حال الرد يكون الثلث بين الوصيين على أحد عشر، وعلى الوجه الثالث يكون له السدس في الإجازة وفي الرد يكون الثلث بين الوصيين على خمسة، وإن أوصى لرجل بجميع ماله ولآخر بمثل نصيب أحد ورثته فعلى الوجه الأول لا يصح للوصي الآخر شيء في إجازة ولا رد، وعلى الثاني يقسم الوصيان المال بينهما على خمسة في الإجازة والثلث على خمسة في الرد وعلى الثالث يقتسمان المال على سبعة في الإجازة والثلث على سبعة في الرد.

فصل: وإن أوصى لرجل بمثل نصيب وارث ولآخر بجزء مما بقي من المال ففيها أيضاً ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يعطى صاحب النصف مثل نصيب الوارث إذا لم يكن ثم وصية أخرى.

والثاني: أن يعطى مثل نصيبه من ثلثي المال.

والثالث: أن يعطى مثل نصيبه بعد أخذ صاحب الجزء وصيته وعلى هذا الوجه يدخلها الدور وعليه التفريع. ومثاله: رجل خلف ثلاثة بنين وصى بمثل نصيب أحدهم ولآخر بنصف باقي المال فعلى الوجه الأول لصاحب النصف الربع وللآخر نصف الباقي وما بقي للبنين

وتصح من ثمانية، وعلى الثاني له السدس وللآخر نصف الباقي وتصح من ستة وثلاثين، ولا تفريع على هذين الوجهين لوضوحهما، وأما على الثالث فيدخلها الدور ولعملها طرق. **أحدها**: أن تأخذ مخرج النصف فتسقط منه سهماً يبقى سهم فهو النصيب ثم تزيد على عدد البنين واحداً تصير أربعة فتضربها في المخرج تكن ثمانية تنقصها سهماً يبقى سبعة فهي المال، للموصى له بالنصيب سهم وللآخر نصف الباقي وهو ثلاثة ولكل ابن سهم. **طريق آخر**: أن تزيد على سهام البنين نصف سهم وتضربها في المخرج تكن سبعة. **طريق ثالث**: ويسمى المنكوس أن تأخذ سهام البنين وهي ثلاثة فتقول هي بقية مال ذهب نصفه. فإذا أردت تكميله فزد عليه مثله ثم زد عليها مثل سهم ابن تكن سبعة. **طريق رابع**: أن تجعل المال سهمين ونصيباً وتدفع النصيب إلى صاحبه وإلى الآخر سهماً يبقى سهم للبنين يعدل ثلثه فالمال كله سبعة. وبالجبر تأخذ مالاً فتلقي منه نصيباً يبقى مال إلا نصيباً وتدفع نصف الباقي إلى الوصي الآخر يبقى نصف مال إلا نصف نصيب يعدل ثلاثة أنصباء فأجبره بنصف نصيب وزده على الثلاثة يبقى نصفاً كاملاً يعدل ثلاثة ونصفاً فالمال كله سبعة.

فصل: فإن كانت الوصية الثانية بنصف ما يبقى من الثلث أخذت مخرج النصف والثلث وهو ستة نقصت منها واحداً يبقى خمسة فهي النصيب ثم تزيد واحداً على سهام البنين وتضربها في المخرج تكن أربعة وعشرين تنقصها ثلاثة يبقى أحد وعشرون فهو المال فتدفع إلى صاحب النصيب خمسة يبقى من الثلث اثنان تدفع منهما سهماً إلى الوصي الآخر يبقى خمسة عشر لكل ابن خمسة وبالطريق الثاني تزيد على سهام البنين نصفاً وتضربها في المخرج تكن أحداً وعشرين وبالثالث تعمل كما عملت في الأولى فإذا بلغت سبعة ضربتها في ثلاثة من أجل أن الوصية الثانية بنصف الثلث وبالرابع تجعل الثلث سهمين ونصيباً تدفع النصيب إلى صاحبه وإلى الآخر سهماً يبقى من المال خمسة أسهم ونصيبان تدفع نصيبين إلى ابنين يبقى خمسة للثالث فهي النصيب فإذا بسطتها كانت إحدى وعشرين، وبالجبر تأخذ مالاً فتلقي منه ثلثه نصيباً وتدفع إلى الآخر نصف باقي الثلث يبقى من المال خمسة أسداسه إلا نصف نصيب أجبره بنصف نصيب وزده على سهام البنين يصير ثلاثة ونصفاً تعدل خمسة أسداس. اقلب وحول يصير النصيب خمسة وكل سهم ستة تكن أحداً وعشرين.

فصل: فإن أوصى الثلث بربع المال فخذ المخارج وهي اثنان وثلاثة وأربعة واضرب بعضها في بعض تكن أربعة وعشرين وزد على عدد البنين واحداً تصر أربعة واضربها في أربعة وعشرين تكن ستة وتسعين انقص منها ضرب نصف سهم في أربعة وعشرين وذلك اثني عشر يبقى أربعة وثمانون فهي المال ثم انظر الأربعة وعشرين فأنقص منها سدسها لأجل الوصية الثانية وربعها لأجل الوصية يبقى أربعة عشر فهي النصيب فادفعها إلى الموصى له بالنصيب ثم ادفع إلى الثاني نصف ما يبقى من الثلث وهو سبعة وإلى الثالث ربع المال أحداً وعشرين يبقى

اثنان وأربعون لكل ابن أربعة عشر. وبالطريق الثاني تزيد على عدد البنين نصف سهم وتضرب ثلاثة ونصف في أربعة وعشرين تكن أربعة وثمانين وبالطريق الثالث تعمل في هذه كما عملت في التي قبلها، فإذا بلغت أحداً وعشرين ضربتها في أربعة من أجل الربع تكن أربعة وثمانين وبطريق النصيب تفرض المال ستة أسهم وثلاثة أنصباء تدفع نصيباً إلى صاحب النصيب وإلى الآخر سهماً وإلى صاحب الربع سهماً ونصفاً وثلاثة أرباع نصيب ويبقى من المال نصيب وربع وثلاثة أسهم ونصف للورثة يعدل ثلاثة أنصباء فأسقط نصيباً وربعاً بمثلها يبقى ثلاثة أسهم ونصف يعدل نصيباً وثلاثة أرباع فالنصيب إذاً سهمان فابسط الثلاثة إلا نصيباً تكن ستة، فصار المال اثني عشر ومنها يصح لصاحب النصيب سهمان وللآخر نصف باقي الثلث سهم ولصاحب الربع ثلاثة تبقى ستة لكل ابن سهمان، وهذا أخصر وأحسن، وبالجبر تأخذ مالاً تدفع منه نصيباً يبقى مال إلا نصيباً تدفع نصف باقي ثلثه وهو سدس إلا نصف نصيب يبقى من المال خمسة أسداس إلا نصف نصيب تدفع منها ربع المال يبقى ثلث وربعه إلا نصف نصيب يعدل ثلاثة أنصباء أجبر وقابل وقلب وحول يكن النصيب سبعة والمال اثنين وأربعين ثم تضربها في اثنين ليزول الكسر يرجع إلى أربعة وثمانين.

فصل: فإن كانت الوصية الثالثة بربع ما بقي من المال بعد الوصيتين الأوليين فاعملها بطريق النصيب كما ذكرنا يبقى معك ثلاثة أسهم وثلاثة أرباع تعدل نصيباً ونصفاً ابسطهما أرباعاً تكن السهام خمسة عشر والأنصباء ستة توافقهما وتردهما إلى وفقيهما تصير خمسة أسهم تعدل نصيبين اقلب واجعل النصيب خمسة والسهم اثنين وابسط ما معك يصر سبعة وعشرين فادفع خمسة إلى صاحب النصيب وإلى الآخر نصف باقي الثلث سهمين وإلى الآخر ربع الباقي خمسة يبقى خمسة عشر لكل ابن خمسة وهذا الطريق أخصر وإن عملت بالطريق الثاني أخذت أربعة وعشرين فنقصت سدسها وربع الباقي يبقى خمسة عشر فهي النصيب ثم زدت على عدد البنين سهماً ونقصت نصفه وربع الباقي منه يبقى ثلاثة أثمان ردها على سهام البنين تكفي ثلاثة وثلاثة أثمان تضربها في أربعة وعشرين تكن إحدى وثمانين ومنها تصح وبالجبر تفضي إلى ذلك أيضاً.

فصل: وإن خلف أماً وأختاً وعماً وأوصى لرجل بمثل نصيب العم وسدس ما يبقى ولآخر بمثل نصيب الأم وربع ما يبقى ولآخر بمثل نصيب الأخت وثلث ما يبقى فاعملها بالمنكوس وقل أصل المسألة ستة فابدأ بآخر الوصايا فقل هذا مال ذهب ثلثه فزد عليه نصفه ثلاثة ومثل نصيب الأخت ثلاثة صارت اثني عشر ثم قل هذا بقية مال ذهب ربعه فزد عليه ثلثه ومثل نصيب الأم ستة صار ثمانية ثم قل هذا بقية مال ذهب سبعه فزد عليه سدسه ونصيب العم صار اثنين وعشرين، ومنه تصح.

فصل: في الاستثناء إذا خلف ثلاثة بنين وأوصى بمثل نصيب أحدهم إلا ربع المال فخذ مخرج الكسر أربعة وزد عليهـا سبعاً تكن خمسـة، فهذا النصيب، وزد عـلى عدد البنـين واحداً واضربـه في مخرج الكسر تكن ستـة عشر تدفـع إلى الوصي خمسـة وتستثني منه أربعـة يبقى لهم سهم ولكل ابن خمسة، وإن شئت خصصت كـل ابن بربـع وقسمت الربـع الباقي بينـه وبينهم على أربعة، فإن قال إلا ربع الباقي بعد النصيب فزد عـلى سهام البنـين سهماً وربعـاً واضربه في أربعة تكن سبعة عشر للوصي سهمان ولكل ابن خمسة وبالجبر تأخـذ مالاً وتـدفع منـه نصيباً إلى الموصى له وتستثني منه ربع الباقي وهو ربع مال إلا ربع نصيب صار معك مال وربـع إلا نصيباً وربعاً يعدل أنصباء البنين وهي ثلاثة، أجبر وقابل يخرج النصيب خمسة والمال سبعـة عشر. فإن قال إلا ربع الباقي بعد الوصية جعلت المخرج ثلاثة وزدت عليه ثلثه صار أربعة فهو النصيب وتزيد على عدد البنين نصيباً وسهماً وتضربه في ثلاثة تكن ثـلاثة عشر فهـو المال. وإن شئت قلت المال كله ثلاثةأنصباءووصية والوصية هي نصيب إلا ربع الباقي بعدها وذلك ثلاثة أرباع نصيب فيبقى ربع نصيب فهو الوصية وتبين أن المال كله ثلاثة وربع ابسطهـا تكن ثلاثـة عشر. ولهذه المسائل طرق سوى ما ذكرنا. والله أعلم.

فصل: وإن قال: أوصيت لـك بمثل نصيب أحـد بني إلا ثلث ما يبقى من الثلث فخـذ مخرج الكسر ثلث الثلث وهو تسعة وزد عليها سهـماً تكن عشرة فهي النصيب وزد على أنصبـاء البنين سهماً وثلثاً واضرب ذلك في تسعة تكن تسعة وثلاثين ادفـع عشرة إلى الوصي واستثن منـه ثلث بقيـة الثلث سهم يبقى له تسعـة ولكل ابن عشرة، وإن قـال: إلا ثلث ما يبقى من الثلث بعد الوصيـة جعلت المال ستـة وزدت عليها سهـماً صارت سبعـة فهذا هـو النصيب وزدت على أنصبـاء البنين سهـماً ونصفاً وضربتـه في ستـة صـار سعـة وعشرين ودفعت إلى الـوصي سبعـة وأخذت واحدة من نصف بقية الثلث بقي معه ستـة وبقي أحد وعشرون لكـل ابن سبعة وإنما كان كذلك لأن الثلث بعد الوصية هو النصف بعد النصيب ومتى أطلق الاستثناء فلم يقل بعـد النصيب ولا الـوصيـة فعنـد الجمهـور يحمـل عـلى مـا بعـد النصيب وعنــد محمـد بن الحسن والبصريـين يكون بعد الوصية.

فصل: فإن قال: إلا خمس ما يبقى من المال بعد النصيب ولآخر بثلث ما يبقى من المـال بعد وصية الأول فخذ الجميع خمسة وزد عليها خمسهـا تكن ستة انقص ثلثهـا من أجل الـوصية بالثلث يبقى أربعة فهي النصيب ثم خذ سهماً وزد عليه خمسة وانقص من ذلك ثلثه يبـق أربعـة أخمـاس زدها عـلى أنصباء البنـين واضربها في خمسـة تصر تسعة عشر فهي المـال ادفع إلى الأول أربعة واستثن منه خمس الباقي ثلاثة يبق معه سهم فادفـع إلى الآخر ثلث البـاقي ستة يبـق اثنا عشر لكل ابن أربعة وبالجبر خذ مالاً وألق منه نصيباً واسترجع منه خمس الباقي يصر معـك مال وخمس إلا نصيباً وخمساً ألق منه ثلث ذلك يبق أربعة أخماس مال إلا أربعة أخمـاس نصيب تعدل

ثلاثة أنصباء اجبر وقابل وابسط يكن المال تسعة عشر والنصيب أربعة. وإن شئت قلت أنصباء البنين ثلاثة وهي بقية مال ذهب ثلثه فزد عليه نصفه يصر أربعة أنصباء ونصفاً ووصية والوصية هي نصيب إلا خمس الباقي وهو نصف نصيب وخمس وصية أسقطه من النصيب يبق خمس نصيب وعشر نصيب إلا خمس وصية تعدل وصية اجبر وقابل وابسط تصير ثلاثة من النصيب تعدل اثني عشر سهماً من الوصية وهي تتفق بالأثلاث فردها على وفقها يصير سهماً يعدل أربعة فالوصية سهم والنصيب أربعة فابسطها تكن أربعة عشر فإن كان الاستثناء بعد الوصية قلت المال أربعة أسهم ونصف ووصية وهي نصيب إلا خمس الباقي وهو تسعة أعشار نصيب يبقى عشر نصيب فهو الوصية فابسط الكل أعشاراً تكن إلا نصيباً خمسة وأربعين والوصية سهم وإن كان استثنى خمس المال كله فالوصية عشر نصيب إلا خمس وصية اجبر يصير العشر يعدل وصية وخمساً ابسط يصير النصيب ستين والوصية خمسة والمال كله مائتان وخمسة وسبعون ألق منها ستين واسترجع منه خمس المال وهو خمسة وخمسون يبقى له خمسة وللآخر ثلثا الباقي تسعون ويبقى مائة وثمانون لكل ابن ستون وترجع بالاختصار إلى خمسها وذلك خمسة وخمسون للوصي الأول سهم وللثاني ثمانية عشر لكل ابن اثنتا عشرة وبالجبر تأخذ ما لا تلقى منه نصيباً وتزيد على المال خمسة يصير مالاً وخمساً إلا نصيباً ألق ثلث ذلك يبق أربعة أخماس مال إلا ثلثي نصيب يعدل ثلاثة اجبر وقابل وابسط يكن المال ثمانية عشر وثلثاً اضربها في ثلاثة ليزول الكسر يصير خمسة وخمسين وإن كان استثنى الخمس كله وأوصى بالثلث كله فخذ مخرج الكسرين خمسة عشر وزد عليها خمسها ثم انقص ثلث المال كله يبق ثلاثة عشر فهي النصيب وزد على أنصباء البنين سهماً واضربه في المال يكن ستين وهو المال، وإن كان استثنى خمس الباقي وأوصى بثلث المال كله فالعمل كذلك إلا أنك تزيد على سهام البنين سهماً وخمساً وتضربها تكن ثلاثة وستين، وإن كان استثنى خمس ما بقي من الثلث زدت على الخمسة عشر سهماً واحداً فصار ستة عشر ثم نقصت ثلث المال كله بقي أحد عشر فهو النصيب ثم زدت سهام البنين سهماً وخمساً وضربتها في خمسة عشر تكن ثلاثة وستين تدفع إلى الوصي الأول أحد عشر وتستثني منه خمس بقية الثلث سهمين يبقى معه تسعة وتدفع إلى صاحب الثلث إحدى وعشرين يبقى ثلاثة وثلاثون لكل ابن أحد عشر فإن كانت الوصية الثانية بثلث باقي المال زدت على الخمسة عشر واحداً ثم نقصت ثلث الستة عشر ولا ثلث لها فاضربها في ثلاثة تكن ثمانية وأربعين انقص ثلثها يبقى اثنان وثلاثون فهي النصيب وخذ سهماً وزد عليه خمسة ثم انقص ثلث ذلك من أجل الوصية بثلث الباقي يبقى أربعة أخماس زدها على سهام الورثة واضربها في خمسة وأربعين تكن مائة وإحدى وسبعين منها تصح.

فصل: فإن خلف أربعة بنين وأوصى لرجل بثلث ماله إلا نصيب أحدهم أو أوصى له بتكملة الثلث على نصيب أحدهم فله التسع وحسابها أن تدفع إلى الوصي وابن ثلث المال يبقى

ثلثاه لثلاثة بنين لكل واحد تسعان فعلمت أن نصيب الابن من الثلث تسعان يبقى تسع للوصي وإن وصى لآخر بخمس ما يبقى من المال بعد الوصية الأولى عزلت ثلث المال ثم أخذت منه نصيباً ورددته على الثلثين ودفعت إلى الوصي الثاني خمس ذلك يبقى من المال ثلثه وخمسه وأربعة أخماس نصيب للورثة فأسقط أربعة أخماس نصيب بمثلها يبقى له ثلاثة وخمس تعدل ثلثاً وخمساً فنصف المال إذاً يعدل ثلاثة أنصباء والمال كله ستة للوصيين والبنين لكل واحد سهم.

طريق آخر: سهام البنين أربعة وهي بقية مال ذهب خمسه فزد عليه ربعه للوصي الثاني صارت خمسه ثم زد على سهم ابن ما يكمل به الثلث وهو سهم آخر فصارت ستة، وإن شئت فرضت المال خمسة أسهم وتكملة ودفعت التكملة إلى صاحبها وخمس الباقي إلى صاحبه ويبقى لكل ابن سهم، وقد علمت أن سهم ابن مع التكملة ثلث المال وأن الباقي بعدهما الثلثان وهي أربعة أسهم فقابل سهماً نصف الأربعة وهي سهمان فتبين أن التكملة سهم.

فصل: وإن أوصى لرجل بمثل نصيب أحد بنيه وهم ثلاثة ولآخر بثلث ما يبقى من الثلث ولآخر بدرهم فاجعل المال تسعة دراهم وثلاثة أيضاً فادفع إلى الوصي الأول نصيباً وإلى الثاني والثالث درهمين بقي سبعة ونصيبان ادفع نصيبين إلى ابنين يبقى سبعة للابن الثالث فالنصيب سبعة والمال ثلاثون فإن كانت الوصية الثالثة بدرهمين فالنصيب ستة والمال سبعة وعشرون.

فصل: وإن ترك ستمائة ووصى لأجنبي بمائة ولآخر بتمام الثلث فلكل واحد منهما مائة فإن رد الأول وصيته فللآخر مائة، وإن وصى للأول بمائتين وللآخر بباقي الثلث فلا شيء للثاني سواء رد الأول وصيته أو أجازها. وهذا قياس قول الشافعي وأهل البصرة، وقال أهل العراق: إن رد الأول فللثاني مائتان في المسألتين.

ولنا: إن المائتين ليست باقي الثلث ولا تتمته فلا يكون موصى بها للثاني كما لو قبل الأول، ولو وصى لوارث بثلثه ولآخر بتمام الثلث فلا شيء للثاني وعلى قول أهل العراق له الثلث كاملاً.

فصل: وإن أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بمائة ولثالث بتمام الثلث على المائة ولم يزد الثلث على مائة بطلت وصية التمام، وإن زاد على مائة وأجاز الورثة أمضيت وصاياهم على ما أوصى لهم به وإن ردوا ففيه وجهان.

أحدهما: يرد كل واحد منهما إلى نصف وصيته لأن الوصايا رجعت إلى نصفها فيدخل النقص على كل واحد بقدر ماله في الوصية كسائر الوصايا.

والثاني: لا شيء لصاحب التمام حتى تكمل المائة لصاحبها ثم يكون الثلث بين الوصيين الآخرين نصفين ويزاحم صاحب المائة صاحب التمام ولا يعطيه شيئاً لأنه إنما يستحق بعد تمام المائة لصاحبها وما تمت له ويجوز أن يزاحم به ولا يعطيه كالأخ من الأبوين يزاحم الجد بالأخ من الأب ولا يعطيه شيئاً.

مسألة: قال: (وإذا أوصى لزيد بنصف ماله ولعمرو بربع ماله ولم يجز ذلك الورثة فالثلث بينهما على ثلاثة أسهم: لعمرو سهم ولزيد سهمان).

وجملته: أنه إذا أوصى بأجزاء من المال أخذتها من مخرجها وقسمت الباقي على الورثة، وإن لم يجيزوا قسمت الثلث بين الأوصياء على قدر سهامهم في حال الإجازة وقسمت الثلثين على الورثة، ولا فرق بين أن يكون الموصى لهم من تجاوز وصيته الثلث أو لا. هذا قول الجمهور منهم الحسن والنخعي ومالك وابن أبي ليلى والثوري والشافعي وإسحاق وأبي يوسف ومحمد. وقال أبو حنيفة وأبو ثور وابن المنذر: لا يضرب الموصى له في حال الرد بأكثر من الثلث. لأن ما جاوز الثلث باطل، فكيف يضرب به؟

ولنا: إن فاضل بينهما في الوصية فلم تجز التسوية كما لو وصى بثلث وربع أو بمائة ومائتين وماله أربعمائة وهذا يبطل ما ذكروه، ولأنها وصية صحيحة ضاق عنها الثلث فتقسم بينهم على قدر الوصايا كالثلث والربع وليس الأمر على ما قالوه في بطلان الوصية فإن الوصية صحيحة على ما ذكرناه فيما مضى، فعلى هذا إذا أوصى لزيد بنصف ماله ولعمرو بربعه فللموصى لهما ثلاثة أرباع المال إن أجاز الورثة ويبقى لهم الربع، وإن ردوا فالثلث بين الوصيين على ثلاثة والمسألة كلها من تسعة، وإن أجازوا لأحدهما دون صاحبه ضربت مسألة الرد في مسألة الإجازة وأعطيت المجاز له سهمه من مسألة الإجازة في مسألة الرد والمردود عليه سهمه من مسألة الرد مضروباً في مسألة الإجازة، وإن أجاز بعض الورثة لهما ورد الباقون عليهما أعطيت المجيز سهمه من مسألة الإجازة في مسألة الرد ومن لم يجز سهمه من مسألة الرد مضروباً في مسألة الإجازة وقسمت الباقي بين الوصيين على ثلاثة وإن اتفقت المسألتان ضربت وفق إحداهما في الأخرى ومن له سهم من إحدى المسألتين مضروب في وفق الأخرى، وإن دخلت إحدى المسألتين في الأخرى اجتزأت بأكثرهما ففي مسألة الخرقي هذه إذا كان الورثة أماً وثلاث أخوات متفرقات فأجازوا فالمسألة من أربعة: للوصيين ثلاثة يبقى سهم على ستة تضربها في أربعة تكن أربعة وعشرين، وإن ردوا فللوصيين الثلث ثلاثة ويبقى ستة على المسألة وهي ستة وتصح من تسعة وإن أجازوا لصاحب النصف وحده ضربت وفق التسعة في أربعة وعشرين تكن اثنين وسبعين لصاحب النصف اثنا عشر في ثلاثة ستة وثلاثون وللآخر سهم في ثمانية يبقى ثمانية وعشرون للورثة وإن أجازت الأم لهما ورد الباقون عليهما أعطيت الأم سهماً في ثلاثة والباقين خمسة أسهم

في ثمانية صار الجميع ثلاثة وأربعين يبقى تسعة وعشرون بين الوصيين على ثلاثة، وإن أجازت الأخت من الأبوين وجدها فلها تسعة والباقي للورثة أربعة وعشرون ويبقى تسعة وثلاثون لهما على ثلاثة لصاحب النصف ستة وعشرون وللآخر ثلاثة عشر.

فصل: إذا جاوزت الوصايا المال فاقسم المال بينهم على قدر وصاياهم مثل العول واجعل وصاياهم كالفروض التي فرضها الله تعالى للورثة إذا زادت على المال، وإن ردوا قسمت الثلث بينهم على تلك السهام، وهذا قول النخعي ومالك والشافعي، قال سعيد بن منصور: حدثنا أبو معاوية حدثنا عاصم الثقفي قال: قال لي إبراهيم النخعي: ما تقول في رجل أوصى بنصف ماله وثلث ماله وربع ماله؟ قلت: لا يجوز، قال: فإنهم قد أجازوا، قلت: لا أدري؟ قال: أمسك اثني عشر فأخرج نصفها ستة وثلثها أربعة وربعها ثلاثة فاقسم المال على ثلاثة عشر فلصاحب النصف ستة ولصاحب الثلث أربعة ولصاحب الربع ثلاثة. وكان أبو حنيفة يقول: يأخذ أكثرهم وصية مما يفضل به على من دونه ثم يقتسمون الباقي إن أجازوا. وفي الرد: لا يضرب لأحدهم بأكثر من الثلث وإن نقص بعضهم عن الثلث أخذ أكثرهم ما يفضل به على من دونه، ومثال ذلك: رجل أوصى بثلثي ماله ونصفه وثلثه فالمال بينهم على تسعة في الإجازة والثلث بينهم كذلك في الرد كمسألة فيها زوج وأختان لأب وأختان لأم، وقال أبو حنيفة: صاحب الثلثين يفضلهما بسدس فيأخذه وهو وصاحب النصف يفضلان صاحب الثلث بسدس فيأخذانه بينهما نصفين ويقتسمون الباقي بينهم أثلاثاً، وتصح من ستة وثلاثين لصاحب الثلثين سبعة عشر ولصاحب النصف أحد عشر، ولصاحب الثلث ثمانية، وإن ردوا قسم بينهم على ثلاثة، ولو أوصى لرجل بجميع ماله ولآخر بثلثه فالمال بينهما على أربعة إن أجازوا والثلث بينهما كذلك في حال الرد وعند أبي حنيفة: إن أجازوا فلصاحب المال الثلثان يتفرد بهما ويقاسم صاحب الثلث فيحصل له خمسة أسداس ولصاحب الثلث السدس وإن ردوا اقتسما الثلث نصفين فلا يحصل لصاحب الثلث إلا السدس في الإجازة والرد جميعاً، ولو جعل مكان الثلث سدساً لكان لصاحب المال خمسة أسداس في الإجازة ويقاسم صاحب السدس فيأخذ نصفه ويبقى لصاحب السدس نصفه سهم من اثني عشر وفي الرد يقتسمان الثلث بينهما أثلاثاً فيجعل لصاحب السدس التسع سهم من تسعة وذلك أكثر مما حصل له في الإجازة وهذا دليل على فساد هذا القول لزيادة سهم الموصى له في الرد على حالة الإجازة ومتى كان للموصى له حق في حال الرد لا ينبغي أن يتمكن الوارث من تغييره ولا تنقيصه ولا أخذه منه ولا صرفه إلى غيره مع أن ما ذهب إليه الجمهور نظيره مسائل العول في الفرائض والديون على المفلس وما ذكروه لا نظير له مع أن فرض الله تعالى للوارث آكد من فرض الموصي ووصيته ثم إن صاحب الفضل في الفرض المفروض لا ينفرد بفضله فكذا في الوصايا.

فصل: وإذا خلّف ابنين وأوصى لرجل بماله كله وللآخر بنصفه فالمال بين الـوصيـين على ثلاثة إن أجازا لأنك إذا بسطت المال من جنس الكسر كان نصفين فإذا ضممت النصف الآخر صارت ثلاثة فيقسم المال على ثلاثة ويصير النصف ثلثاً كمسألـة فيها زوج وأم وثـلاث أخوات متفرقات فإذا ردوا فالثلث بينهما على ثلاثة، وإن أجازوا لصاحب النصف وحده فلصاحب المال التسعان ولصاحب النصف النصف في إحدى الوجهين لأنه موصى له به وإنما منعه أخذه حـال الإجازة لهما مزاحمة صاحبه فإذا زالت مزاحمته أخذ جميع وصيته.

والثاني: ليس له إلا الثلث الذي كان له في حال الإجازة لهما. لأن مـا زاد على ذلـك إنما كان حقاً لصاحب المال أخذه الورثة منه بالرد عليه فأخـذه الوارثـان. وإن أجاز لصـاحـب الكل وحده فله ثمانية أتساع على الوجه الأول والتسع للآخر، وعلى الوجـه الثاني ليس لـه إلا الثلثان اللذان كانا له حال الإجازة لهما والتسعـان للورثة. فـإن أجاز أحـد الابنين لهـما دون الآخر فـلا شيء للمجيز وللآخر الثلث والثلثان بين الوصيين على أربعة وإن أجاز أحدهمـا لصاحب المـال وحده فللآخر التسع وللابن الآخر الثلث والباقي لصاحب المال في أحد الوجهين وفي الآخر لـه أربعة أتساع والتسع الباقي للمجيز وإن أجاز لصاحب النصف وحده دفع إليه نصف مـا يتم به النصف وهـو تسع ونصف سـدس في أحد الـوجهين. وفي الآخـر يدفـع إليه التسـع فيصير لـه تسعان ولصاحب المال تسعان وللمجيز تسعان والثلث للذي لم يجز. وتصح من تسعـة. وعلى الوجه الأول تصح من ستة وثلاثين للذي لم يجز اثنا عشر وللمجيز خمسة ولصاحب النصف أحد عشر ولصاحب المال ثمانية. وذلك لأن مسألة الرد من تسعـة لصاحب النصف منهـا سهم، فلو أجاز له الابنان كان له تمام النصف ثلاثة ونصف. فإذا أجاز له أحدهمـا لزمـه نصف ذلك وهـو سهم وثلاثة أرباع سهم فيضرب مخرج الربع في تسعة يكن ستة وثلاثين.

مسألة: قال: (وإذا أوصى لولـد فلان فهو للذكر والأنثى بالسويـة وإن قال لبنيـه فهو للذكور دون الإناث).

أما إذا أوصى لولده أو لولد فلان فإنه للذكور والإناث والخناثى، لا خلاف في ذلك. لأن الاسم يشمل الجميع. قال الله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١] وقال تعالى: ﴿مَا اتَّخَذَ اللَّهُ مِنْ وَلَدٍ﴾ [المؤمنون: ٩١] في الذكر والأنثى جميعاً، وإن قال لبني أو بني فلان فهو للذكور دون الإناث والخناثى، هـذا قول الجمهـور وبه قـال الشافعي وأصحاب الرأي. وقال الحسن وإسحاق وأبو ثور: هو للذكر والأنثى جميعاً. لأنه لو أوصى لبني فلان وهم قبيلة دخل فيه الذكر والأنثى. وقال الثوري: إن كانـوا ذكوراً وإنـاثاً فهـو بينهم وإن كن بنـات لا ذكر معهن فـلا شيء لهن. لأنه متى اجتمـع الذكـور والإناث غلب لفظ التـذكـير ودخل فيه الإناث كلفظ المسلمين والمشركين.

ولنا: إن لفظ البنين يختص الذكور قال الله تعالى: ﴿أَصْطَفَى الْبَنَاتِ عَلَى الْبَنِينَ﴾؟ [الصافات: ١٥٣] وقال تعالى: ﴿أَمِ اتَّخَذَ مِمَّا يَخْلُقُ بَنَاتٍ وَأَصْفَاكُم بِالْبَنِينَ﴾؟ [الزخرف: ١٦] وقال تعالى: ﴿زُيِّنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنِينَ﴾ [آل عمران: ١٤] وقال تعالى: ﴿الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾ [الكهف: ٤٦] وقد أخبر أنهم لا يشتهون البنات فقال: ﴿وَيَجْعَلُونَ لله الْبَنَاتِ سُبْحَانَهُ وَلَهُم مَّا يَشْتَهُونَ. وَإِذَا بُشِّرَ أَحَدُهُم بِالْأُنثَىٰ﴾ [النحل: ٥٧، ٥٨]. وإنما دخلوا في الاسم إذا صاروا قبيلة. لأن الاسم نقل فيهم عن الحقيقة إلى العرف ولهذا تقول المرأة أنا من بني فلان إذا انتسبت إلى القبيلة ولا تقول ذلك إذا انتسبت إلى أبيها.

فصل: وإن أوصى لبنات فلان دخل فيه الإناث دون غيرهن. لا نعلم فيه خلافاً ولا يدخل فيهن الخنثى المشكل لأنا لا نعلم كونه أنثى.

فصل: وإن أوصى لولد فلان أو لبني فلان ولم يكونوا قبيلة فهو لولده لصلبه وأما أولاد أولاده فإن كانت قرينة تدل على دخولهم مثل أن يوصي لولد فلان وليس له إلا أولاد أولاده أو قال: ولا يعطي ولد البنات شيئاً أو قال: إلا ولد فلان أو فضلوا ولد فلان على غيرهم ونحو ذلك دخلوا لأن اللفظ يحتملهم والقرينة صارفة له إليهم فصار كالتصريح بهم وإن دلت القرينة على إخراجهم فلا شيء لهم وإن انتفت القرائن لم يدخلوا في الوصية لأن اسم الولد حقيقة عبارة عن ولد الصلب فإن قيل فقد دخلوا في قول الله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١] قلنا: إنما دخلوا فيه إذا لم يكن ثم ابن من ولد الصلب ودخلوا مع الإناث على أنهم إنما يرثون ما فضل عن البنات على ما ذكر تفصيله في الفرائض ولا يمكن ذلك هاهنا فانتفى دخولهم ويحتمل أن يدخل ولد البنين في الوصية إذا لم تكن قرينة تخرجهم لأنهم دخلوا في اسم الولد في كل موضع ذكره الله تعالى من الإرث والحجب وغيره.

فصل: وإن وصى لولد فلان أو بني فلان وهم قبيلة كبني هاشم وبني تميم دخل فيهم الذكر والأنثى والخنثى ويدخل ولد الرجل معه ولا يدخل فيه ولد بناتهم لأن ذلك اسم للقبيلة ذكرها وأنثاها قال الله تعالى: ﴿يَا بَنِي آدَمَ﴾. ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾ [الإسراء: ٧٠] يريد الجميع وقال: ﴿وَلَقَدْ آتَيْنَا بَنِي إِسْرَائِيلَ الْكِتَابَ﴾ [الجاثية: ١٦] وروي أن جواري من الأنصار قلن:

نحن جوار من بني النجار يا حبذا محمد من جار

ويقال: امرأة من بني هاشم، ولا يدخل ولد البنات فيهم لأنهم لا ينتسبون إلى القبيلة.

فصل: وإن أوصى لأخواته فهو للإناث خاصة وإن أوصى لإخوته دخل فيه الذكر والأنثى جميعاً لأن الله تعالى قال: ﴿وَإِن كَانُوا إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَاءً﴾ [النساء: ١٧٦] وقال: ﴿فَإِن كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ﴾ [النساء: ١١] وأجمع العلماء على حجبها بالذكر والأنثى، وإن قال:

لعمومته فالظاهر أنه مثل الإخوة يشمل الذكر والأنثى لأنهم إخوة أبيه، وإن قال: لبني إخوته أو لبني عمه فهو للذكور دون الإناث إذا لم يكونوا قبيلة، والفرق بينهما أن الإخوة والعمومة ليس لهما لفظ موضوع يشمل الذكر والأنثى سوى هذا اللفظ، وبنو الإخوة والعم لهم لفظ يشمل الجميع وهو لفظ الأولاد؟ فإذا عدل عن اللفظ العام إلى لفظ البنين دل على إرادة الذكور؛ ولأن لفظ العمومة أشبه بلفظ الإخوة ولفظ بني الإخوة والعم يشبه بني فلان وقد دللنا عليهما والحكم في تناول اللفظ للبعيد من العمومة وبني العم والإخوة حكم ما ذكرنا في ولد الولد مع القرينة وعدمها.

فصل: وألفاظ الجموع على أربعة أضرب:

أحدها: ما يشمل الذكر والأنثى بوضعه كالأولاد والذرية والعالمين وشبهه.

والثاني: موضوع للذكور ويدخل فيه الإناث إذا اجتمعوا كلفظ المسلمين والمؤمنين والقانتين والصابرين والصادقين والذميين والمشركين والفاسقين ونحوه وكذلك ضمير المذكر كالواو في قاموا والتاء والميم في قمتم وهم مفردة وموصولة والكاف والميم في لكم وعليكم ونحوه. فهذا متى اجتمع الذكور وعليه الإناث وغلب لفظ التذكير فيه ودخل فيه الذكر والأنثى.

والثالث: ضرب يختص الذكور كالبنين والذكور والرجال والغلمان فلا يدخل فيه إلا الذكور.

والرابع: لفظ يختص النساء كالنساء والبنات والمؤمنات والصادقات والضمائر الموضوعة لهن، فلا يتناول غير الإناث.

فصل: وإن وصى للأرامل فهو للنساء اللاتي فارقهن أزواجهن بموت أو غيره، قال أحمد في رواية حرب، وقد سئل عن رجل أوصى لأرامل بني فلان فقال: قد اختلف الناس فيها فقال قوم: هو للرجال والنساء والذي يعرف في كلام الناس أن الأرامل النساء، وقال الشعبي وإسحاق: هو للرجال والنساء. وأنشد أحدهما:

هذي الأرامل قد قضّيت حاجتها فمن لحاجة هذا الأرمل الذكر؟

وقال الآخر:

أحب أن أصطاد ظبياً سخبلاً رعى الربيع والشتاء أرملا

ولنا: إن المعروف في كلام الناس أنه النساء فلا يحمل لفظ الموصي إلا عليه ولأن الأرامل جمع أرملة فلا يكون جمعاً للمذكر لأن ما يختلف لفظ الذكر والأنثى في واحد يختلف في جمعه وقد أنكر ابن الأنباري على قائل القول الآخر وخطأه فيه والشعر الذي احتج به حجة عليه فإنه لو كان لفظ الأرامل يشمل الذكر والأنثى لقال: حاجتهم إذ لا خلاف بين أهل اللسان في أن

اللفظ متى كان الذكر والأنثى ثم رد عليه ضمير غلب فيه لفظ التذكير وضميره فلما رد الضمير على الإناث علم أنه موضوع لهن على الانفراد وسمى نفسه أرملاً تجوزاً تشبيهاً بهن ولذلك وصف نفسه بأنه ذكر ويدل على إرادة المجاز أن اللفظ عند إطلاقه لا يفهم منه إلا النساء ولا يسمى به في العرف غيرهن وهذا دليل على أنه لم يوضع لغيرهن ثم لو ثبت أنه في الحقيقة للرجال والنساء لكن قد خص به أهل العرف النساء وهجرت به الحقيقة حتى صارت مغمورة لا تفهم من لفظ المتكلم ولا يتعلق بها حكم كسائر الألفاظ العرفية.

فصل: فأما لفظة الأيامى فهو كالأرامل لأنه لكل امرأة لا زوج لها. قال الله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ﴾ [النور: ٣٢] وفي بعض الحديث: «أعوذ بالله من بوار الأيم» وقال أصحابنا: هو للرجال والنساء الذين لا أزواج لهم لما روي عن سعيد بن المسيب قال: آمت حفصة بنت عمر من زوجها، وآم عثمان من رقية وقال الشاعر:

فإن تنكحي أنكح وإن تتأيمي ... وإن كنت أفتى منكم أتأيم

ولنا: إن العرف يخص النساء بهذا الاسم والحكم للاسم العرفي وقول النبيّ ﷺ: «أعوذ بالله من بوار الأيم» إنما أراد به المرأة فإنها التي توصف بهذا ويضر بوارها.

فصل: والعزاب هم الذين لا أزواج لهم من الرجال والنساء يقال: رجل عزب وامرأة عزبة وإنما سمي عزباً لانفراده وكل شيء انفرد فهو عزب، قال ذو الرمة يصف ثوراً من الوحش انفرد:

يجلو البوارق عن مجلمز لهق ... كأنه منقبي يلمق عزب

ويحتمل أن يختص العرب بالرجال لأنه في العرف كذلك والثيب والبكر يشترك فيه الرجل والمرأة. قال النبيّ ﷺ: «البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة، والثيب بالثيب الجلد والرجم» والعانس من الرجال والنساء الذي كبر ولم يتزوج، قال قيس بن رفاعة الواقفي:

فينا الذي هو ما إن طر شاربه ... والعانسون وفينا المرد والشيب

والكهول الذين جاوزوا الثلاثين قال الله تعالى: ﴿وَيُكَلِّمُ النَّاسَ فِي الْمَهْدِ وَكَهْلًا﴾ [آل عمران: ٤٦] قال المفسرون: ابن ثلاثين مأخوذ من قولهم: اكتهل النبات إذا تم وقوي ثم لا يزال كهلاً حتى يبلغ خمسين ثم يشيخ ثم لا يزال شيخاً حتى يموت.

فصل: وإذا أوصى لجماعة لا يمكن حصرهم واستيعابهم كالقبيلة العظيمة والفقراء والمساكين صح وأجزأ الدفع إلى واحد منهم وبه قال الشافعي في أحد الوجهين إلا أنه قال يدفع إلى ثلاثة منهم لأنه أقل الجمع. وقال أبو حنيفة: لا تصح الوصية للقبيلة التي لا يمكن حصرها

لأنها يدخل فيها الأغنياء والفقراء وإذا وقعت للأغنياء لم تكن قربة وإنما تكون حقاً لآدمي وحقوق الآدميين إذا دخلت فيها الجهالة لم تصح كما لو أقر لمجهول.

ولنا: إن كل وصية صحت لجماعة محصورين صحت لهم وإن لم يكونوا المحصورين كالفقراء، وما ذكروه غير صحيح فإن الوصية للأغنياء قربة وقد ندب النبيّ ﷺ إلى الهدية وإن كانت لغني، وأما جواز الدفع إلى واحد فمبني على الدفع في الزكاة وقد مضى الكلام فيه هناك.

مسألة: قال: (والوصية بالحمل وللحمل جائزة إذا أتت به لأقل من ستة أشهر منذ تكلم بالوصية).

أما الوصية بالحمل فتصح إذا كان مملوكاً بأن يكون رقيقاً أو حمل بهيمة مملوكة له لأن الغرر والخطر لا يمنع صحة الوصية فجرى مجرى إعتاق الحمل فإن انفصل ميتاً بطلت الوصية وإن انفصل حياً وعلمنا وجوده حال الوصية أو حكمنا بوجوده صحت الوصية وإن لم يكن كذلك لم تصح لجواز حدوثه ولو قال: أوصيت لك بما تحمل جاريتي هذه أو ناقتي هذه أو نخلتي هذه جاز لما ذكرنا من صحتها مع الغرر، وأما الوصية للحمل فصحيحة أيضاً لا نعلم فيه خلافاً وبذلك قال الثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وذلك لأن الوصية جرت مجرى الميراث من حيث كونها انتقال المال من الإنسان بعد موته إلى الموصى له بغير عوض كانتقاله إلى وارثه، وقد سمى الله تعالى الميراث وصية بقوله سبحانه وتعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١] وقال سبحانه: ﴿فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ﴾ [النساء: ١٢] والحمل يرث فتصح الوصية له ولأن الوصية أوسع من الميراث فإنها تصح للمخالف في الدين والعبد بخلاف الميراث فإذا ورث الحمل فالوصية له أولى ولأن الوصية تتعلق بخطر وغرر فتصح للحمل كالعتق فإن انفصل الحمل ميتاً بطلت الوصية لأنه لا يرث ولأنه يحتمل أن لا يكون حياً حين الوصية فلا تثبت له الوصية والميراث بالشك وسواء مات لعارض من ضرب البطن أو ضرب دواء أو غيره لما بينا من أنه لا يرث، وإن وضعته حياً صحت الوصية له إذا حكمنا بوجوده حال الوصية نقل الخرقي إذا أتت به لأقل من ستة أشهر، وليس ذلك شرطاً في كل حال لكن إن كانت المرأة فراشاً لزوج أو سيد يطؤها فأتت به لستة أشهر فما دون علمنا وجوده حين الوصية وإن أتت به لأكثر منها لم تصح الوصية له لاحتمال حدوثه بعد الوصية، وإن كانت بائناً فأتت به لأكثر من أربع سنين من حين الفرقة وأكثر من ستة أشهر من حين الوصية لم تصح الوصية له وإن أتت به لأقل من ذلك صحت الوصية له لأن الولد يعلم وجوده إذا كان لستة أشهر ويحكم بوجوده إذا أتت به لأقل من أربع سنين من حين الفرقة، وهذا مذهب الشافعي، وإن وصى لحمل امرأة من زوجها أو سيدها صحت الوصية له

مع اشتراط إلحاقه به وإن كان منتفياً باللعان أو دعوى الاستبراء لم تصح الوصية لـه لعدم نسبـه المشروط في الوصية فأما إن كانت المرأة فراشاً لزوج أو سيد إلا أنه لا يطؤها لكونـه غائبـاً في بلد بعيد أو مريضاً مرضاً يمنع الوطء أو كان أسيراً أو محبوساً أو علم الورثة أنه لم يطأها وأقروا بذلك فإن أصحابنا لم يفرقوا بين هذه الصور وبـين ما إذا كـان يطؤهـا لأنهما لم يفترقـا في لحوق النسب بالزوج والسيد فكانت في حكم من يطؤها، ويحتمل أنه متى أتت به في هذه الحـال لوقت يغلب على الظن أنه كان مـوجوداً حـال الوصيـة مثل أن تضعـه لأقل من غـالب مدة الحمـل أو تكون أمارات الحمل ظاهرة أو أتت به على وجـه يغلب على الـظن أنه كـان موجـوداً بأمـارات الحمل بحيث يحكم لها بكونها حاملاً صحت الوصية له لأنه يثبت له أحكام الحمل من غير هذا الحكم وقد انتفت أسباب حدوثه ظاهراً فينبغي أن تثبت له الوصية والحكم بإلحاقه بـالزوج والسيـد في هذه الصور إنمـا كان احتيـاطاً للنسب فـإنه يلحق بمجـرد الاحتمال وإن كـان بعيداً ولا يلزم من إثبات النسب بمطلق الاحتمال نفي استحقاق الوصية فـإنه لا يحتـاط لإبطال الـوصية كـما يحتاط لإثبات النسب فلا يلزم إلحاق ما لا يحتاط له بما يحتاط مع ظهور ما يثبته ويصححه.

فصل: وإن وصى بالحمل الموجود اعتبر وجوده في حمل الأمة بما يعتبر وجود الحمل الموصى له وإن كان حمل بهيمة اعتبر وجوده بما يثبت به وجوده في سائر الأحكام.

فصل: وإذا أوصى لما تحمل هذه المرأة لم يصح وقال بعض أصحاب الشافعي: يصح كما تصح الوصية بما تحمل هذه الجارية.

ولنا: إن الوصية تمليك فلا تصح للمعدوم بخلاف الموصى به فإنه يملك فلم يعتبر وجوده ولأن الوصية أجريت مجرى الميراث ولو مات إنسان لم يرثه من الحمل إلا من كان موجوداً كذلك الوصية ولو تجدد للميت مال بعد موته بـأن يسقط في شبكته صيـد لورثـه ورثته ولـذلك قضينـا بثبوت الإرث في ديته وهي تتحدد بعد موته فجاز أن تملك بالـوصية، فـإن قيل: فلو وقف عـلى من يحدث من ولده أو ولـد فلان صح فالـوصية أولى لأنها تصـح بالمعـدوم والمجهول بخـلاف الوقف، قلنا: الوصية أجريت مجرى الميراث ولا يحصل الميراث إلا لموجود فكذا الوصية والوقف يراد للدوام فمن ضرورته إثباته للمعدوم.

فصل: وإذا أوصى لحمل امرأة فولدت ذكراً وأنثى فالوصية لهما بالسويـة لأن ذلك عـطية وهبة فأشبه ما لو وهبهما شيئاً بعد ولادتهـما، وإن فاضـل بينهما فهـو على مـا قال كـالوقف، وإن قال: إن كان في بطنها غلام فله ديناران وإن كان فيه جارية فلهـا دينار فـولدت غـلاماً وجـارية فلكل واحد منهما ما وصى له به لأن الشرط وجد فيه وإن ولدت أحدهما منفرداً فله وصيتـه، ولو قال: إن كان حملها أو إن كان ما في بطنها غلاماً فله ديناران وإن كانت جارية فلها دينار فولدت

أحدهما منفرداً فله وصيته وإن ولدت غلاماً وجارية فلا شيء لهما لأن أحدهما ليس هو جميع الحمل ولا كل ما في البطن وبهذا قال أصحاب الرأي وأصحاب الشافعي وأبو ثور.

فصل: وإن أوصى بثمرة شجرة أو بستان أو غلة دار أو خدمة عبد صح سواء وصى بذلك في مدة معلومة أو بجميع الثمرة والمنفعة في الزمان كله هذا قول الجمهور منهم مالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وقال ابن أبي ليلى: لا تصح الوصية بالمنفعة لأنها معدومة.

ولنا: إنه يصح تمليكها بعقد المعاوضة فتصح الوصية بها كالأعيان ويعتبر خروج ذلك من ثلث المال نص عليه أحمد في سكنى الدار وهو قول كل من قال بصحة الوصية بها فإن لم تخرج من الثلث أجيز منها بقدر الثلث وبهذا قال الشافعي، وقال مالك: إذا أوصى بخدمة عبده سنة فلم يخرج من الثلث فالورثة بالخيار بين تسليم خدمته سنة وبين تسليم ثلث المال، وقال أصحاب الرأي وأبو ثور: إذا أوصى بخدمة عبده سنة فإن العبد يخدم الموصى له يوماً والورثة يومين حتى يستكمل الموصى له سنة فإن أراد الورثة بيع العبد بيع على هذا.

ولنا: إنها وصية صحيحة فوجب تنفيذها على صفتها إن خرجت من الثلث أو بقدر ما يخرج من الثلث منها كسائر الوصايا أو كالأعيان. إذا ثبت هذا فمتى أريد تقويمها فإن كانت الوصية مقيدة بمدة قوم الموصى بمنفعته مسلوب المنفعة تلك المدة ثم تقوم المنفعة في تلك المدة فينظر كم قيمتها، وإن كانت الوصية مطلقة في الزمان كله فقد قيل: تقوم الرقبة بمنفعتها جميعاً ويعتبر خروجها من الثلث لأن عبداً لا منفعة له وشجراً لا ثمر له لا قيمة له غالباً، وقيل: تقوم الرقبة على الورثة، والمنفعة على الموصى له وصفة ذلك أن يقوم العبد بمنفعته فإذا قيل: قيمته مائة قيل: كم قيمته لا منفعة فيه؟ فإذا قيل: عشرة علمنا أن قيمة المنفعة تسعون.

فصل: وإن أراد الموصى له إجارة العبد أو الدار في المدة التي أوصى له بنفعها جاز وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يجوز إجارة المنفعة المستحقة بالوصية لأنه إنما أوصى له باستيفائه.

ولنا: إنها منفعة يملكها ملكاً تامًّا فملك أخذ العوض عنها بالأعيان كما لو ملكها بالإجارة وإن أراد الموصى له إخراج العبد عن البلد فله ذلك وبه قال أبو ثور، وقال أصحاب الرأي: لا يخرجه إلا أن يكون أهله في غير البلد فيخرجه إلى أهله. ولنا إنه مالك لنفعه فملك إخراجه كالمستأجر.

فصل: وإذا أوصى له بثمرة شجرة مدة أو بما يثمر أبداً لم يملك واحد من الموصى له والوارث إجبار الآخر على سقيها لأنه لا يجبر على سقي ملكه ولا سقي ملك غيره، وإن أراد

أحدهما سقيها على وجه لا يضر بصاحبه لم يملك الآخر منعه وإذا يبست الشجرة كان حطبها للوارث وإن وصى له بثمرتها سنة بعينها فلم تحمل تلك السنة فلا شيء للموصى له، وإن قال: لك ثمرتها أول عام تثمر صح وله ثمرتها أول عام تثمر، وكذلك إذا أوصى له بما تحمل جاريته أو شاته، وإن وصى لرجل بشجرة ولآخر بثمرتها صح وكان صاحب الرقبة قائماً مقام الوارث وله ماله، وإن وصى له بلبن شاة وصوفها صح كما تصح الوصية بثمرة الشجرة وإن وصى بلبنها خاصة أو صوفها خاصة صح ويقوم الموصى به دون العين.

فصل: فأما نفقة العبد الموصى بخدمته وسائر الحيوانات الموصى بنفعها فيحتمل أن تجب على صاحب الرقبة هذا الذي ذكره الشريف أبو جعفر مذهباً لأحمد وهو قول أبي ثور وظاهر مذهب الشافعي لأن النفقة على الرقبة فكانت على صاحبها كالعبد المستأجر وكما لو لم يكن منفعة. قال الشريف: ولأن الفطرة تلزمه والفطرة تتبع النفقة ووجوب التابع على إنسان دليل على وجوب المتبوع عليه ويحتمل أن يجب المنفعة وهو قول أصحاب الرأي والإصطخري وهو أصح إن شاء الله لأنه يملك نفعه على التأييد فكانت النفقة عليه كالزوج ولأن نفعه له فكان عليه ضره كالمالك لهما جميعاً يحققه أن إيجاب النفقة على من لا نفع له ضرر مجرد فيصير معنى الوصية أوصيت لك بنفع عبدي وأبقيت على ورثتي ضره وإن وصى بنفعه لإنسان ولآخر برقبته كان معناه أوصيت لهذا بنفعه ولهذا بضره والشرع ينفي هذا بقوله: «لا ضرر ولا ضرار» ولذلك جعل الخراج بالضمان ليكون ضره على من له نفعه، وفارق المستأجر فإن نفعه في الحقيقة للمؤجر لأنه يأخذ الأجر عوضاً عن منافعه وقيل: تجب نفقته في كسبه وهذا راجع إلى إيجابها على صاحب المنفعة لأن كسبه من منافعه فإذا صرف في نفقته فقد صرف المنفعة الموصى بها إلى النفقة فصار كما لو صرف إليه شيء من ماله سواه.

فصل: وإذا أعتق الورثة العبد عتق ومنفعته باقية للموصى له بها ولا يرجع على المعتق بشيء وإن أعتقه صاحب المنفعة لم يعتق لأن العتق للرقبة وهو لا يملكها وإن وهب صاحب المنفعة منافعه للعبد وأسقطها عنه فللورثة الانتفاع به لأن ما يوهب للعبد يكون لسيده وإن أراد صاحب الرقبة بيع العبد فله ذلك ويباع مسلوب المنفعة ويقوم المشتري مقام البائع فيما له وعليه وقيل: لا يجوز بيعه من مالك منفعته دون غيره لأن ما لا منفعة فيه لا يصح بيعه كالحشرات والميتات وقيل: يجوز بيعه من مالك منفعته دون غيره لأن مالك منفعته يجتمع له الرقبة والمنفعة فينتفع بذلك بخلاف غيره ولذلك جاز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها لصاحب الشجرة دون غيره وكذلك بيع الزرع لصاحب الأرض.

ولنا: إن عبد مملوك تصح الوصية به فصح بيعه كغيره ولأنه يمكنه إعتاقه وتحصيل ولائه وجر ولاء من ينجر ولاؤه بعتقه بخلاف الحشرات. وإن وصى لرجل برقبة عبد ولآخر بنفعه

صح وقام الموصى له بالرقبة مقام الوارث فيما ذكرنا وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي.

فصل: وإذا أوصى لرجل بمنفعة أمته فأتت بولد من زوج أو زنا فهو مملوك حكمه حكم أمه لأن الولد يتبع الأم في حكمها كولد المكاتبة والمدبرة ويحتمل أن يكون لمالك الرقبة لأن ذلك ليس من النفع الموصى به ولا هو من الرقبة الموصى بنفعها وإن وطئت بشبهة فأوجب المهر على الواطىء لصاحب المنفعة عند أصحابنا وعندي أنه لصاحب الرقبة لأن منافع البضع لا تصح الوصية بها منفردة ولا مع غيرها ولا يجوز نقلها مفردة عن الرقبة بغير التزويج وإنما هي تابعة للرقبة فتكون لصاحبها ولا يستحق صاحب المنفعة أخذ بدلها وإن أتت بولد فهو حر وتجب قيمته يوم وضعه لصاحب الرقبة في أحد الوجهين وفي الآخر يشتري بها عبد يقوم مقامه وليس للوارث ولا لصاحب المنفعة وطؤها لأن صاحب المنفعة لا يملك رقبتها ولا هو زوج لها ولا يباح الوطء بغيرهما لقول الله عز وجل: ﴿إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾ [المؤمنون: ٦] وصاحب الرقبة لا يملكها ملكاً تامًّا ولا يأمن أن تحبل منه فربما أفضى إلى إهلاكها وأيهما وطئها فلا حد عليه لأنه وطء بشبهة لوجود الملك لكل واحد منهما فيها وولده حر لأنه وطء شبهة فإن كان الواطىء مالك المنفعة لم تصر أم ولد له لأنه لا يملكها وعليه قيمة ولدها يوم وضعه، وحكمها على ما ذكرنا فيما إذا وطئها غيرهما بشبهة، وإن كان الواطىء مالك الرقبة صارت أم ولد له لأنها علقت منه بحر في ملكه وفي وجوب قيمته عليه الوجهان، وأما المهر فعندي أنه إن كان الواطىء مالكاً للرقبة فلا مهر عليه وله المهر على صاحب المنفعة إذا كان هو الواطىء، وعند أصحابنا وأصحاب الشافعي بعكس ذلك فيهما وقد تقدم تعليل ذلك ويحتمل أن يجب الحد على صاحب المنفعة إذا وطىء لأنه لا يملك إلا المنفعة فلزمه الحد كالمستأجر فعلى هذا يكون ولده مملوكاً.

فصل: وليس لواحد منهما تزويجها لأن مالك المنفعة لا يملك رقبتها ومالك الرقبة لا يملك تزويجها لما فيه من ضرر صاحب المنفعة بتزويجها فإن طلبت ذلك لزم تزويجها لأنه لحقها وحقها في ذلك مقدم عليها بدليل أنها لو طلبته من سيدها الذي يملك رقبتها ونفعها أجبر عليه وقدم حقها على حقه، وكذلك إن اتفقا على تزويجها قبل طلبها جاز ووليها في الموضعين مالك رقبتها لأنه مالكها والكلام في مهرها وولدها على ما تقدم في الفصل الذي قبله.

فصل: وإن قتل العبد الموصى بنفعه وجبت قيمته يشتري بها ما يقوم مقام الموصى به لأن كل حق تعلق بالعين تعلق ببدلها إذا لم يبطل سبب استحقاقها، ويفارق الزوجة والعين المستأجرة لأن سبب الاستحقاق يبطل بتلفهما ويحتمل أن تجب القيمة للوارث أو مالك الرقبة وتبطل الوصية لأن القيمة بدل الرقبة فتكون لصاحبها وتبطل الوصية بالمنفعة كما تبطل بالإجارة.

فصل: وإذا أوصى لرجل بحب زرعه ولآخر بتبنه صح والنفقة بينهما لأن كل واحد منهما تعلق حقه بالزرع فإن امتنع أحدهما من الإنفاق فهما بمنزلة الشريكين في أصل الزرع إذا امتنع أحدهما من سقيه والإنفاق عليه فيخرج من ذلك وجهان. **أحدهما**: يجبر على الإنفاق عليه هذا قول أبي بكر لأن في ترك الإنفاق ضرراً عليهما وإضاعة المال وقد قال النبيّ ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» ونهى عن إضاعة المال. **والوجه الآخر**: لا يجبر لأنه لا يجبر على الإنفاق على مال نفسه ولا مال غيره إذا كان كل واحد منهما منفرداً فكذلك إذا اجتمعا. وأصل الوجهين إذا استهدم الحائط المشترك فدعا أحد الشريكين الآخر إلى مباناته فامتنع، وينبغي أن تكون النفقة بينهما على قدر قيمة حق كل واحد منهما كما لو كانا مشتركين في أصل الزرع.

فصل: وإن أوصى له بخاتم ولآخر بفصه صح وليس لواحد منهما الانتفاع به إلا بإذن صاحبه وأيهما طلب قلع الفص من الخاتم أجيب إليه وأجبر الآخر عليه وإن اتفقا على بيعه أو اصطلحا على لبسه جاز لأن الحق لهما لا يعدوهما.

فصل: وإن أوصى لرجل بدينار من غلة داره وغلتها ديناران صح فإن أراد الورثة بيع نصفها وترك النصف الذي أجره دينار فله منعهم منه لأنه يجوز أن ينقص أجره عن الدينار، وإن كانت الدار لا تخرج من الثلث فلهم بيع ما زاد عليه وعليهم ترك الثلث فإن كانت غلته ديناراً أو أقل فهو للموصى له وإن كانت أكثر فله دينار والباقي للورثة.

فصل: وتصح الوصية بما لا يقدر على تسليمه كالعبد الآبق والجمل الشارد والطير في الهواء والسمك في الماء. لأن الوصية إذا صحت بالمعدوم فبذلك أولى ولأن الوصية أجريت مجرى الميراث وهذا يورث فيوصى به فإن قدر عليه أخذه وسلمه إذا خرج من الثلث وللوصي السعي في تحصيله فإن قدر عليه اخذه إذا خرج من الثلث.

مسألة: قال: (وإذا أوصى بجارية لبشر ثم أوصى بها لبكر فهي بينهما).

وجملة ذلك: أنه إذا أوصى لرجل بمعين من ماله ثم وصى به لآخر أو وصى له بثلثه ثم وصى لآخر بثلثه وأوصى بجميع ماله لرجل ثم وصى به لآخر فهو بينهما ولا يكون ذلك رجوعاً في الوصية الأولى وبهذا قال ربيعة ومالك والثوري والشافعي وإسحاق وابن المنذر وأصحاب الرأي، وقال جابر بن زيد والحسن وعطاء وطاوس وداود: وصيته للآخر منهما لأنه وصى للثاني بما وصى به للأول فكان رجوعاً كما لو قال: ما وصيت به لبشر فهو لبكر ولأن الثانية تنافي الأولى فإذا أتى بها كان رجوعاً كما لو قال هذا لورثتي.

ولنا: إنه وصى لهما بها فاستويا فيها كما لو قال لهما: وصيت لكما بالجارية وما قاسوا عليه صرح فيه بالرجوع عن وصيته لبشر وفي مسألتنا يحتمل أنه قصد التشريك فلم تبطل وصية الآخر بالشك.

فصل: وإن وصى بعبد لرجل ثم وصى لآخر بثلثه فهو بينهما أرباعاً وعلى قول الآخرين: ينبغي أن يكون للثاني ثلثه كاملاً وإن وصى بعبده لاثنين فرد أحدهما وصيته فللآخر نصفه وإن وصى لاثنين بثلثي ماله فرد الورثة ذلك ورد أحد الوصيين وصيته فللآخر الثلث كاملاً لأنه وصى له به منفرداً وزالت المزاحمة فكمل له كما لو انفرد به.

فصل: إذا أقر الوارث أن أباه وصى بالثلث لبشر وأقام آخر شاهدين أنه وصى له بالثلث فرد الوارث الوصيتين وكان الوارث رجلاً عاقلاً عدلاً وشهد بالوصية حلف معه الموصى له واشتركا في الثلث وبهذا قال أبو ثور وهو قياس قول الشافعي، وقال أصحاب الرأي: لا يشاركه المقر له بناء منهم على أن الشاهد واليمين ليس بحجة شرعية، وقد ثبت أن النبيّ ﷺ قضى بشاهد ويمين رواه مسلم، وإن كان المقر ليس بعدل أو كان امرأة فالثلث لمن ثبتت له البينة لأن وصيته ثابتة ولم تثبت وصية الآخر وإن لم يكن لواحد منهما بينة فأقر الوارث أنه أقر لفلان بالثلث أو بهذا العبد وأقر لفلان به بكلام متصل فالمقر به بينهما وبهذا قال أبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفاً، وإن أقر به لواحد ثم أقر به لآخر في مجلس آخر لم يقبل إقراره لأنه يثبت للأول بإقراره فلا يقبل قوله فيما ينقص به حق الأول إلا أن يكون عدلاً فيشهد بذلك ويحلف معه المقر له فيشاركه كما لو ثبت للأول بينة وإن أقر للثاني في المجلس بكلام متصل ففيه وجهان.

أحدهما: لا يقبل لأن حق الأول ثبت في الجميع فأشبه ما لو أقر له في مجلس آخر. **والثاني**: يقبل لأن المجلس الواحد كالحال الواحدة فإن الخرقي قال: وإذا خلف ابناً وألف درهم فأقر بها لرجل ثم أقر بألف لآخر فإن كان في مجلس واحد فالألف بينهما وإن كان في مجلسين فهي للأول ولا شيء للثاني والأول أقيس لأن حق الأول ثبت في الثلث كاملاً لإقراره به منفرداً فأشبه ما لو كان في مجلسين وكما لو أقر بدراهم ثم سكت ثم قال: زيوفاً أو صغاراً أو إلى شهر أو كما لو استثنى مما أقر به بكلام منفصل في المجلس.

مسألة: قال: (وإن قال ما أوصيت به لبشر فهو لبكر كانت لبكر).

هذا قولهم جميعاً وبه قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وهو أيضاً على مذهب الحسن وعطاء وطاوس ولا نعلم فيه مخالفاً لأنه صرح بالرجوع عن الأول بذكره أن ما أوصى به مردود إلى الثاني فأشبه ما لو قال: رجعت عن وصيتي لبشر وأوصيت بها لبكر بخلاف ما أوصى بشيء واحد لرجلين أحدهما بعد الآخر فإنه يحتمل أنه قصد التشريك بينهما وقد ثبتت وصية الأول يقيناً فلا تزول بالشك.

فصل: وإن قال: ما أوصيت به لفلان فنصفه لفلان أو ثلثه كان رجوعاً في القدر الذي وصى به للثاني خاصة وباقيه للأول.

فصل: وأجمع أهل العلم على أن للوصي أن يرجع في جميع ما أوصى به وفي بعضه إلا الوصية بالإعتاق والأكثرون على جواز الرجوع في الوصية به أيضاً. روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: يغير الرجل ما شاء من وصيته وبه قال عطاء وجابر بن زيد والزهري وقتادة ومالك والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور، وقال الشعبي وابن سيرين وابن شبرمة والنخعي: يغير منها ما شاء إلا العتق لأنه إعتاق بعد الموت فلم يملك تغييره كالتدبير.

ولنا: إنها وصية فملك الرجوع عنها كغير العتق ولأنها عطية تنجز بالموت فجاز له الرجوع عنها قبل تنجيزها كهبة ما يفتقر إلى القبض قبل قبضه وفارق التدبير فإنه تعليق على شرط فلم يملك تغييره كتعليقه على صفة في الحياة.

فصل: ويحصل الرجوع بقوله: رجعت في وصيتي أو أبطلتها أو غيرتها أو ما أوصيت به لفلان فهو لفلان أو فهو لورثتي أو في ميراثي، وإن أكله أو أطعمه أو أتلفه أو وهبه أو تصدق به أو باعه أو كان ثوباً غير مفصل ففصله ولبسه أو جارية فأحبلها أو ما أشبه هذا فهو رجوع، قال ابن المنذر: أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم أنه إذا أوصى لرجل بطعام فأكله أو بشيء فأتلفه أو تصدق به أو وهبه أو بجارية فأحبلها أو أولدها أنه يكون رجوعاً، وحكي عن أصحاب الرأي أن بيعه ليس برجوع لأنه أخذ بدله بخلاف الهبة.

ولنا: إنه أزال ملكه عنه فكان رجوعاً كما لو وهبه، وإن عرضه على البيع أو وصى ببيعه أو أوجب الهبة فلم يقبلها الموهوب له أو كاتبه أو وصى بإعتاقه أو دبره كان رجوعاً لأنه يدل على اختياره للرجوع بعرضه على البيع وإيجابه للهبة ووصيته ببيعه أو إعتاقه لكونه وصى بما ينافي الوصية الأولى والكتابة بيع والتدبير أقوى من الوصية لأنه ينجز بالموت فيسبق أخذ الموصى له، وإن رهنه كان رجوعاً لأنه علق به حقاً يجوز بيعه فكان أعظم من عرضه على البيع، وفيه وجه آخر أنه ليس برجوع وهو وجه لأصحاب الشافعي لأنه لا يزيل الملك فأشبه إجارته وكذلك الحكم في الكتابة.

فصل: وإن وصى بحب ثم طحنه أو بدقيق فعجنه أو بعجين فخبزه أو بخبز ففته أو جعله فتيتاً كان رجوعاً لأنه أزال اسمه وعرضه للاستعمال فدل على رجوعه وبهذا قال الشافعي، وإن وصى بكتان أو قطن فغزله أو بغزل فنسجه أو بثوب فقطعه أو بنقرة فضربها أو شاة فذبحها كان رجوعاً، وبهذا قال أصحاب الرأي والشافعي في ظاهر مذهبه، واختار أبو الخطاب أنه ليس برجوع وهو قول أبي ثور لأنه لا يزيل الاسم. ولنا إنه عرضه للاستعمال فكان رجوعاً كالتي قبلها، ولا يصح قوله: إنه لا يزيل الاسم فإن الثوب لا يسمى غزلاً والغزل لا يسمى كتاناً.

فصل: وإن وصى بشيء معين ثم خلطه بغيره على وجه لا يتميز منه كان رجوعاً لأنه يتعذر بذلك تسليمه فيدل على رجوعه، فإن خلطه بما يتميز منه لم يكن رجوعاً لأنه يمكن تسليمه، وإن وصى بقفيز قمح من صبرة ثم خلطها بغيرها لم يكن رجوعاً سواء خلطها بمثلها أو بخير منها أو دونها لأنه كان مشاعاً وبقي مشاعاً. وقيل: إن خلطه بخير منه كان رجوعاً لأنه لا يمكنه تسليم الموصى به إلا بتسليم خير منه ولا يجب على الوارث تسليم خير منه فصار متعذر التسليم بخلاف ما إذا خلطه بمثله أو دونه.

فصل: وإذا حدث بالموصى به ما يزيل اسمه من غير فعل الموصي مثل أن سقط الحب في الأرض فصار زرعاً أو انهدمت الدار فصارت فضاء في حياة الموصي بطلت الوصية بها لأن الباقي لا يتناوله الاسم، وإن كان انهدام الدار لا يزيل اسمها سلمت إليه دون ما انفصل منها لأن الاسم حين الاستحقاق يقع على المتصل دون المنفصل، ويتبع الدار في الوصية ما يتبعها في البيع.

فصل: وإن جحد الوصية لم يكن رجوعاً في أحد الوجهين، وهو قول أبي حنيفة في إحدى الروايتين ولأنه عقد فلا يبطل بالجحود كسائر العقود. والثاني: يكون رجوعاً لأنه يدل على أنه لا يريد إيصاله إلى الموصى له، وإن غسل الثوب أو لبسه أو جصص الدار أو سكنها أو أجر الأمة أو زوجها أو علمها أو وطئها لم يكن رجوعاً لأن ذلك لا يزيل الملك ولا الاسم ولا يدل على الرجوع، ويحتمل أن وطء الأمة رجوع لأنه يعرضها للخروج عن جواز النقل والأول أولى لأنه انتفاع لا يزيل الملك في الحال ولا يفضي إليه يقيناً فأشبه لبس الثوب فإنه ربما أتلفه وليس برجوع.

فصل: نقل الحسن بن ثواب عن أحمد في رجل قال: هذا ثلثي لفلان ويعطي فلان منه مائة في كل شهر إلى أن يموت فهو للآخر منهما ويعطي هذا مائة في كل شهر فإن مات وفضل شيء رد إلى صاحب الثلث فحكم الوصية وإنفاذها على ما أمر به الموصي.

مسألة: قال: (ومن كتب وصية ولم يشهد فيها حكم بها ما لم يعلم رجوعه عنها).

نص أحمد على هذا في رواية إسحاق بن إبراهيم فقال: من مات فوجدت وصيته مكتوبة عند رأسه ولم يشهد فيها وعرف خطه وكان مشهور الخط يقبل ما فيها، وروي عن أحمد أنه لا يقبل الخط في الوصية ولا يشهد على الوصية المختومة حتى يسمعها الشهود منه أو تقرأ عليه فيقر بما فيها وبهذا قال الحسن وأبو قلابة والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لأن الحكم لا يجوز برؤية خط الشاهد بالشهادة بالإجماع فكذا هاهنا وأبلغ من هذا أن الحاكم لو رأى حكمه بخطه تحته ختمه ولم يذكر أنه حكم به أو رأى الشاهد شهادته بخطه ولم يذكر الشهادة لم يجز للحاكم إنفاذ الحكم بما وجده ولا للشاهد الشهادة بما رأى خطه به فهاهنا أولى، وقد نص أحمد على هذا

في الشهادة، ووجه قول الخرقي قول النبيّ ﷺ: «ما من امرىء مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده» ولم يذكر شهادته وما ذكرناه في الفصل الأول الذي يلي هذا ولأن الوصية يتسامح فيها ولهذا صح تعليقها على الخطر والغرر وصحت للحمل به وبما لا يقدر على تسليمه وبالمعدوم والمجهول فجاز أن يتسامح فيها بقبول الخط كرواية الحديث.

فصل: وإن كتب وصيته وقال: اشهدوا علي بما في هذه الورقة أو قال: هذه وصيتي فاشهدوا علي بها فقد حكي عن أحمد أن الرجل إذا كتب وصيته وختم عليها وقال للشهود: اشهدوا عليّ بما في هذا الكتاب لا يجوز حتى يسمعوا منه ما فيه أو يقرأ عليه فيقر بما فيه وهو قول من سمينا في المسألة الأولى ويحتمل كلام الخرقي جوازه لأنه إذا قبل خطه المجرد فهذا أولى، وممن قال ذلك: عبد الملك بن يعلى ومكحول ونمير بن إبراهيم ومالك والليث والأوزاعي ومحمد بن مسلمة وأبو عبيد وإسحاق.

واحتج أبو عبيد بكتب رسول الله ﷺ إلى عماله وأمرائه في أمر ولايته وأحكامه وسننه ثم ما عملت به الخلفاء الراشدون المهديون بعده من كتبهم إلى ولاتهم بالأحكام التي فيها الدماء والفروج والأموال يبعثون بها مختومة لا يعلم حاملها ما فيها وأمضوها على وجوهها وذكر استخلاف سليمان بن عبد الملك، عمر بن عبد العزيز بكتاب كتبه وختم عليه ولا نعلم أحداً أنكر ذلك مع شهرته وانتشاره في علماء العصر فكان إجماعاً ووجه الأول أنه كتاب لا يعلم الشاهد ما فيه فلم يجز أن يشهد عليه ككتاب القاضي إلى القاضي، فأما ما ثبت من الوصية بشهادة أو إقرار الورثة به فإنه يثبت حكمه ويعمل به ما لم يعلم رجوعه عنه وإن طالت مدته وتغيرت أحوال الموصي به مثل أن يوصي في مرض فيبرأ منه ثم يموت بعد أو يقتل لأن الأصل بقاؤه فلا يزول حكمه بمجرد الاحتمال والشك كسائر الأحكام.

فصل: ويستحب أن يكتب الموصي وصيته ويشهد عليها لأنه أحفظ لها وأحوط لما فيها وقد صح أن النبيّ ﷺ قال: «ما حق امرىء مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده» وروي عن أنس أنه قال: كانوا يكتبون في صدور وصاياهم ﴿بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ﴾ (هذا ما أوصى به فلان أنه يشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأن محمداً عبده ورسوله)، ﴿وَأَنَّ ٱلسَّاعَةَ آتِيَةٌ لَا رَيْبَ فِيهَا وَأَنَّ اللهَ يَبْعَثُ مَنْ فِي ٱلْقُبُورِ﴾ [الحج: ٧] وأوصى من ترك من أهله أن يتقوا الله ويصلحوا ذات بينهم ويطيعوا الله ورسوله إن كانوا مؤمنين وأوصاهم بما أوصى به إبراهيم بنيه يعقوب ﴿يَا بَنِيَّ إِنَّ اللهَ ٱصْطَفَىٰ لَكُمُ ٱلدِّينَ فَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ﴾ [البقرة: ١٣٢] أخرجه سعيد عن فضيل بن عياض عن هشام بن حسان عن ابن سيرين عن أنس. وروي عن ابن مسعود أنه كتب ﴿بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ﴾ هذا ذكر ما أوصى به عبد الله بن مسعود: إن حدث بي حادث الموت من مرضي

هذا، إن مرجع وصيتي إلى الله وإلى رسوله ثم إلى الزبير بن العوام وابنه عبد الله وأنهما في حل وبل فيما وليا وقضيا وأنه لا تزوج امرأة من بنات عبد الله إلا بإذنهما. وروى ابن عبد البر قال: كان في وصية أبي الدرداء ﴿بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ﴾ هذا ما أوصى به أبو الدرداء أنه يشهد أن لا إله إلاّ الله وحده لا شريك له وأن محمّداً عبده ورسوله. وأن الجنّة حق وأن النّار حق وأن الله يبعث من في القبور وأنه يؤمن بالله ويكفر بالطاغوت على ذلك يحيا ويموت إن شاء الله وأوصى فيما رزقه الله تعالى بكذا وكذا وأن هذه وصيته إن لم يغيرها.

مسألة: قال: (وما أعطى في مرضه الذي مات فيه فهو من الثلث).

وجملة ذلك: أن التبرعات المنجزة كالعتق والمحاباة والهبة المقبوضة والصدقة والوقف والإبراء من الدين والعفو عن الجناية الموجبة للمال إذا كانت في الصحة فهي من رأس المال لا نعلم في هذا خلافاً. وإن كانت في مرض مخوف اتصل به الموت فهي من ثلث المال في قول جمهور العلماء، وحكي عن أهل الظاهر في الهبة المقبوضة أنها من رأس المال وليس بصحيح لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم» رواه ابن ماجة. وهذا يدل بمفهومه على أنه ليس له أكثر من الثلث. وروى عمران بن حصين أن رجلاً من الأنصار أعتق ستة أعبد له في مرضه لا مال له غيرهم فاستدعاهم رسول الله ﷺ فجزأهم ثلاثة أجزاء وأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة، متفق عليه. وإذا لم ينفذ العتق مع سرايته فغيره أولى. ولأن هذه الحال الظاهر منها الموت فكانت عطية فيها في حق ورثته لا تتجاوز الثلث كالوصية.

فصل: وحكم العطايا في مرض الموت المخوف حكم الوصية في خمسة أشياء. **أحدها**: أن يقف نفوذها على خروجها من الثلث وإجازة الورثة. **الثاني**: أنها لا تصح لوارث إلا بإجازة بقية الورثة. **الثالث**: أن فضيلتها ناقصة عن فضيلة الصدقة في الصحة، ولأن النبيّ ﷺ سئل عن أفضل الصدقة قال: «أن تصدق وأنت صحيح شحيح تأمل الغنى وتخشى الفقر ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم قلت لفلان كذا ولفلان كذا وقد كان لفلان» متفق عليه ولفظه قال رجل: يا رسول الله أي الصدقة أفضل؟ **الرابع**: أنه يزاحم بها الوصايا في الثلث. **الخامس**: أن خروجها من الثلث معتبر حال الموت لا قبله ولا بعده ويفارق الوصية في ستة أشياء. **أحدها**: أنها لازمة في حق المعطي ليس له الرجوع فيها وإن كثرت ولأن المنع على الزيادة من الثلث إنما كان لحق الورثة لا لحقه فلم يملك إجازتها ولا ردها وإنما كان له الرجوع في الوصية لأن التبرع بها مشروط بالموت فلم يملك إجازتها ولا ردها وإنما كان له الرجوع في الوصية لأن التبرع مشروط بالموت. ففيما قبل الموت لم يوجد التبرع ولا العطية بخلاف العطية في المرض فإنه قد وجدت العطية منه والقبول من المعطي والقبض فلزمت كالوصية إذا قبلت

بعد الموت وقبضت. الثاني: أن قبولها على الفور في حال حياة المعطي وكذلك ردها، والوصايا لا حكم لقبولها ولا ردها إلا بعد الموت لما ذكرنا من أن العطية تصرف في الحال فتعتبر شروطه وقت وجوده والوصية تبرع بعد الموت فتعتبر شروطه بعد الموت. الثالث: أن العطية تفتقر إلى شروطها المشروطة لها في الصحة من العلم وكونها لا يصح تعليقها على شرط وغرر في غير العتق والوصية بخلافه. الرابع: أنها تقدم على الوصية وهذا قول الشافعي وجمهور العلماء وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف وزفر إلا في العتق فإنه حكي عنهم تقديمه لأن العتق يتعلق به حق الله تعالى ويسري وقفه وينفذ في ملك الغير فيجب تقديمه.

ولنا: إن العطية لازمة في حق المريض فقدمت على الوصية كعطية الصحة وكما لو تساوى الحقان. الخامس: أن العطايا إذا عجز العتق عن جميعها بدىء بالأول فالأول سواء كان الأول عتيقاً أو غيره وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة: الجميع سواء إذا كانت من جنس واحد وإن كانت من أجناس وكانت المحاباة متقدمة قدمت وإن تأخرت سوى بينها وبين العتق، وإنما كان كذلك لأن المحاباة حق آدمي على وجه المعاوضة فقدمت إذا تقدمت كقضاء الدين وإذا تساوى جنسها سوى بينها لأنها عطايا من جنس واحد تعتبر من الثلث فسوى بينها كالوصية وقال أبو يوسف ومحمد: يقدم العتق تقدم أو تأخر.

ولنا: إنهما عطيتان منجزتان فكانت أولاهما أولى كما لو كانت الأولى محاباة عند أبي حنيفة أو عتقاً عند صاحبيه. ولأن العطية المنجزة لازمة في حق المعطي فإذا كانت خارجة من الثلث لزمت في حق الورثة فلو شاركتها الثانية لمنع ذلك لزومها في حق المعطي لأنه يملك الرجوع عن بعضها بعطية أخرى بخلاف الوصايا فإنها غير لازمة في حقه وإنما تلزم بالموت في حال واحدة فاستويا لاستوائها في حال لزومها بخلاف المنجزتين وما قاله في المحاباة غير صحيح فإنها بمنزلة الهبة ولو كانت بمنزلة المعاوضة أو الدين لما كانت من الثلث. فأما إن وقعت دفعة واحدة كأن وكّل جماعة في هذه التبرعات فأوقعوها دفعة واحدة فإن كانت كلها عتقاً أقرعنا بينها فكملنا العتق كله في بعضهم، وإن كانت كلها من غير العتق قسمنا الثلث بينهم على قدر عطاياهم لأنهم تساووا في الاستحقاق فقسم بينهم على قدر حقوقهم كغرماء المفلس وإنما خولف هذا الأصل في العتق لحديث عمران بن حصين ولأن القصد بالعتق يكمل الأحكام ولا تكمل الأحكام إلا بتكميل العتق بخلاف غيره ولأن في قسمة العتق عليهم إضراراً بالورثة والميت والعبيد على ما يذكر في موضعه، وإن وقعت دفعة واحدة وفيها عتق وغيره ففيه روايتان.

إحداهما: أن يقدم العتق لتأكيده.

والثانية: يسوى بين الكل لأنها حقوق تساوت في استحقاقها فتساوت في تنفيذها كما لو كانت من جنس واحد وذلك لأن استحقاقها حصل في حالة واحدة.

السادس: أن الواهب إذا مات قبل تقبيضه الهبة المنجزة كانت الخيرة للورثة إن شاؤوا قبضوا وإن شاؤوا منعوا والوصية تلزم بالقبول بعد الموت بغير رضاهم.

فصل: إذا قال المريض: إذا أعتقت سعداً فسعيد حر ثم أعتق سعداً عتق سعيد أيضاً إن خرجا من الثلث وإن لم يخرج من الثلث إلا أحدهما عتق سعد وحده ولم يقرع بينهما لوجهين.

أحدهما: أن سعداً سبق بالعتق.

والثاني: أن عتقه شرط لعتق سعيد فلو رق بعضه لفات إعتاق سعيداً أيضاً لفوات شرطه وإن بقي من الثلث ما يعتق به بعض سعيد عتق تمام الثلث منه، وإن قال: إن أعتقت سعداً فسعيد وعمرو حران ثم أعتق سعداً ولم يخرج من الثلث إلا أحدهم عتق سعد وحده لما ذكرنا وإن خرج من الثلث اثنان أو واحد وبعض آخر عتق سعد وأقرع بين سعيد وعمرو فيما بقي من الثلث لأن عتقهما في حال واحدة وليس عتق أحدهما شرطاً في عتق الآخر، ولو خرج من الثلث اثنان وبعض الثالث أقرعنا بينهما لتكميل الحرية في أحدهما وحصول التشقيص في الآخر وإن قال: إن أعتقت سعداً فسعيد حر أو فسعيد وعمرو حران في حال إعتاقي سعداً فالحكم سواء لا يختلف لأن عتق سعد شرط لعتقهما فلو رق بعضه لفات شرط عتقهما فوجب تقديمه، وإن كان الشرط، في الصحة والإعتاق في المرض فالحكم على ما ذكرنا.

فصل: وإن قال: إن تزوجت فعبدي حر فتزوج في مرضه بأكثر من مهر المثل فالزيادة محاباة معتبرة من الثلث، وإن لم تخرج من الثلث إلا المحاباة أو العبد فالمحاباة أولى لأنها وجبت قبل العتق لكون التزويج شرطاً في عتقه فقد سبقت عتقه ويحتمل أن يتساويا لأن التزويج سبب لثبوت المحاباة وشرط للعتق فلا يسبق وجود أحدهما صاحبه فيكونان سواء ثم هل يقدم العتق على المحاباة؟ على روايتين وهذا فيما إذا ثبتت المحاباة بأن لا ترث المرأة الزوج إما لوجود مانع من الإرث أو لمفارقته إياها في حياته إما بموتها أو طلاقها أو نحوه فأما إن ورثته تبينا أنها غير ثابتة لها إلا بإجازة الورثة فينبغي أن يقدم العتق عليها لأنه لازم غير موقوف على الإجازة فيكون متقدماً، وإن قال: أنت حر في حال تزويجي فتزوج وأصدق أكثر من مهر المثل فعلى القول الأول يتساويان لأن التزويج جعل جعالة لإيقاع العتق كما في عتق سعد وسعيد وبطلان المحاباة لا يبطل التزويج ولا يؤثر فيه وعلى الاحتمال الذي ذكرته يكون العتق سابقاً لأن المحاباة إنما ثبتت بتمام التزويج والعتق قبل تمامه فيكون سابقاً على المحاباة فيتقدم لهذا المعنى سيما إذا تأكد بقوته وكونه لغير وارث.

فصل: إذا أعتق المريض شقصاً من عبد ثم أعتق شقصاً من آخر ولم يخرج من الثلث إلا العبد الأول عتق وحده لأنه يعتق حين يلفظ بإعتاق شقصه وإن خرج الأول وبعض الثاني عتق

ذلك وإن أعتق الشقصين دفعة واحدة فلم يخرج من الثلث إلا الشقصان عتقا ورقّ باقي العبدين وإن لم يخرج إلا أحدهما أقرع بينهما، وإن خرج عتق الشقصان وباقي أحد العبدين ففيه وجهان:

أحدهما: يكمل العتق من أحدهما بالقرعة بينهما كما لو أعتق العبدين فلم يخرج من الثلث إلا أحدهما.

والثاني: يقسم ما بقي من الثلث بينهما بغير قرعة لأنه أوقع عتقاً مشقصاً فلم يكمله بخلاف ما إذا أعتق العبدين ولهذا إذا لم يخرج من الثلث إلا الشقصان أعتقناهما ولم يقرع بينهما ولم يكمله من أحدهما، ولو أوصى بإعتاق النصيبين وأن يكمله عتقهما من ثلثه ولم يخرج من الثلث إلا النصيبان وقيمة باقي أحدهما أقرعنا بينهما فمن خرجت قرعته كمل العتق فيه لأن الموصي أوصى بتكميل العتق فجرى مجرى إعتاقهما بخلاف التي قبلها.

فصل: وإذا ملك المريض من يعتق عليه بغير عوض كالهبة والميراث عتق وورث المريض إذا مات وبهذا قال مالك وأكثر أصحاب الشافعي. وقال بعضهم: يعتق ولا يرث لأن عتقه وصية فلا يجتمع مع الميراث وهذا لا يصح لأنه لو كان وصية لاعتبر من الثلث كما لو اشتراه وجعل أهل العراق عتق المرهون وصية يعتبر خروجه من الثلث فإن خرج من الثلث عتق وورث وإن لم يخرج من الثلث يسعى في قيمة باقيه ولم يرث في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: يحتسب بقيمته من ميراثه فإن فضل من قيمته شيء سعى فيه.

ولنا: إن الوصية هي التبرع بماله بعطية أو إتلاف أو التسبب إلى ذلك ولم يوجد واحد منها. لأن العتق ليس من فعله ولا يقف على اختياره وقبول الهبة ليس بعطية ولا إتلاف لماله وإنما هو تحصيل شيء يتلف بتحصيله فأشبه قبوله لشيء لا يمكنه حفظه أو لما يتلف ببقائه في وقت لا يمكنه التصرف فيه وفارق الشراء فإنه تضييع لماله في ثمنه وقال القاضي: هذا الذي ذكرناه قياس قول أحمد لأنه قال في مواضع: إذا وقف في مرضه على ورثته صح ولم يكن وصية. لأن الوقف ليس بمال لأنه لا يباع ولا يورث، قال الخبري: هذا قول أحمد وابن الماجشون وأهل البصرة ولم يذكر فيه عن أحمد خلافاً. فأما إن اشترى من يعتق عليه فقال القاضي: إن حمله الثلث عتق وورثه وهذا قول مالك وأبي حنيفة. وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث ويرث بقدر ما فيه من الحرية وباقيه على الرق فإن كان الوارث ممن يعتق عليه إذا ملكه عتق عليه إذا ورثه. وقال أبو يوسف ومحمد: لا وصية لوارث ويحتسب بقيمته من ميراثه فإن فضل من قيمته شيء سعى فيه، وقال بعض أصحاب مالك: يعتق من رأس المال ويرث كالموهوب والموروث وهو قياس قوله لكونه لم يجعل الوقف وصية وإجازة للوارث فهذا أولى لأن العبد لا يملك رقبته فيجعل ذلك وصية ولا يجوز أن يجعل الثمن وصية له لأنه لم يصل إليه ولا وصية

للبائع لأنه قد عاوض عنه وإنما هو كبناء مسجد وقنطرة في أنه ليس بوصية لمن ينتفع به فلا يمنعه ذلك الميراث واختلف أصحاب الشافعي في قياس قوله فقال بعضهم: إذا حمله الثلث عتق وورث لأن عتقه ليس بوصية له على ما ذكرنا وقيل: يعتق ولا يرث لأنه لو ورث لصارت وصية لوارث فتبطل وصيته ويبطل عتقه وإرثه فيفضي توريثه إلى إبطال توريثه فكان إبطال توريثه أولى وقيل: على مذهبه شراؤه باطل لأن ثمنه وصية والوصية تقف على خروجها من الثلث أو إجازة الورثة والبيع عنده لا يجوز أن يكون موقوفاً، ومن مسائل ذلك مريض وهب له ابنه فقبله وقيمته مائة وخلف مائتي درهم وابناً آخر فإنه يعتق وله مائة ولأخيه مائة وهذا قول مالك وأبي حنيفة والشافعي وقيل على قول الشافعي: لا يرث والمائتان كلها للابن الحر وقال أبو يوسف ومحمد: يرث نصف نفسه ونصف المائتين ويحتسب بقيمة نصف الباقي من ميراثه وإن كانت قيمته مائتين وبقية التركة مائة عتق من رأس المال والمائة بينه وبين أخيه وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة: يعتق منه نصفه لأنه قدر ثلث التركة ويسعى في قيمة باقيه ولا يرث لأن المستسعى عنده كالعبد لا يرث إلا في أربعة مواضع: الرجل يعتق أمته على أن تتزوجه. والمرأة تعتق عبدها على أن يتزوجها فيأبيان ذلك والعبد المرهون يعتقه سيده. والمشتري للعبد يعتقه قبل قبضه وهما معسران، ففي هذه المواضع يسعى كل واحد في قيمته وهو حر يرث، وقال أبو يوسف ومحمد: يرث نصف التركة وذلك ثلاثة أرباع رقبته ويسعى في ربع قيمته لأخيه وإن وهب له ثلاث أخوات متفرقات لا مال له سواهن ولا وارث عتقن من رأس المال وهذا قول مالك، وإن كان اشتراهن فكذلك فيما ذكره الخبري عن أحمد وهو قول ابن الماجشون وأهل البصرة وبعض أصحاب مالك. وعلى قول القاضي: يعتق ثلثهن في أحد الوجهين وهو قول مالك، وفي الآخر يعتقن كلهن لكون وصية من لا وارث له جائزة في جميع ماله في أصح الروايتين وإن ترك مالاً يخرجن من ثلثه عتقن وورثن، وقال أبو حنيفة: إذا اشتراهن أو وهبن له ولا مال له سواهن ولا وارث عتقن وتسعى كل واحدة من الأخت للأب والأخت للأم في نصف قيمتها للأخت من الأب والأم وإنما لم يرثا لأنهما لو ورثا لكان لهما خمسا الرقاب وذلك رقبة وخمس بينهما نصفين فكان يبقى عليهما سعاية وإذا بقيت عليهما سعاية لم يرثا وكانت لهما الوصية وهي رقبة بينهما نصفين، واما الأخت للأبوين فإذا ورثت عتقت لأن لها ثلاثة أخماس الرقاب وذلك أكثر من قيمتها فورثت وبطلت وصيتها، وقال أبو يوسف ومحمد: تبعض وتسعى كل واحدة من الأخت للأب والأخت من الأم للأخت من الأبوين في خمسي قيمتها لأن كل واحدة ترث ثلاثة أخماس رقبة وعلى قول الشافعي يعتقن.

فصل: وإن اشترى المريض أباه بألف لا مال له سواه ثم مات وخلف ابناً فعلى القول الذي حكاه الخبري يعتق كله على المريض وله ولاؤه، وعلى قول القاضي يعتق ثلثه بالوصية

ويعتق باقيه على الابن لأنه جده ويكون ثلث ولائه للمشتري وثلثاه لابنه وهذا قول مالك وقيل: هو مذهب للشافعي وقال أبو حنيفة: يعتق ثلثه بالوصية ويسعى للابن في قيمة ثلثيه.

وقال أبو يوسف ومحمد: يعتق سدسه لأنه ورثه ويسعى في خمسة أسداس قيمته للابن ولا وصية له وقيل على قول الشافعي: يفسخ البيع إلا أن يجيز الابن عتقه، وقيل: يفسخ في ثلثيه ويعتق في ثلثه وللبائع الخيار لتفرق الصفقة عليه. وقيل: لا خيار له لأنه متلف فإن ترك ألفين سواه عتق كله وورث سدس الألفين والباقي للابن، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة، وقيل نحوه على قول الشافعي، وقيل على قوله: يعتق ولا يرث، وقيل: شراؤه مفسوخ.

وقال أبو يوسف ومحمد: يرث الأب سدس التركة وهو خمسمائة يحتسب بها من رقبته ويسعى في نصف قيمته ولا وصية له، وإن اشترى ابنه بألف لا يملك غيره ومات وخلف أباه عتق كله بالشراء في الوجه الأول، وفي الثاني يعتق ثلثه بالوصية وثلثاه على جده عند الموت وولاؤه بينهما أثلاثاً، وبهذا قال مالك وقول الشافعي فيه على ما ذكرناه في مسألة الأب، وقال أبو حنيفة: يعتق ثلثه بالوصية ويسعى في قيمة ثلثيه للأب ولا يرث.

وقال أبو يوسف ومحمد: يرث خمسة أسداسه ويسعى في قيمة سدسه، وإن ترك ألفين سواه عتق كله وورث خمسة أسداس الألفين وللأب السدس، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: للأب سدس التركة خمسمائة وباقيها للابن يعتق منها ويأخذ ألفاً وخمسمائة، وإن خلف مالاً يخرج المبيع من ثلثه فعلى الوجه الأول يعتق كله ويرث منه كأنه حر الأصل، وعلى الوجه الثاني: يعتق منه بقدر ثلث التركة ويرث بقدر ما فيه من الحرية فإن لم يخلف المشتري أباً حراً ولكن خلف أخاً حراً ولم يترك مالاً عتق من رأس المال على الوجه الأول ويعتق ثلثه على الثاني ويرث الأخ ثلثيه ثم يعتق عليه. وقال أبو حنيفة: يعتق ثلثه ويسعى لعمه في قيمة ثلثيه. وقال أبو يوسف ومحمد: يعتق كله ولا سعاية وإن خلف ألفين سواه عتق وورث الألفين ولا شيء للأخ في الأقوال كلها إلا ما قيل على قول الشافعي: إنه يعتق ولا يرث وقيل: شراؤه باطل فإن اشترى ابنيه بألف لا يملك غيره وقيمته ثلثا ألف وخلف ابناً آخر فعلى الوجه الأول يعتق من رأس المال ويستقر ملك البائع على قدر قيمته من الثمن وله ثلث الباقي لأن المشتري حاباه به ولم يبق من التركة سواه فيكون له ثلثه وهو تسع ألف ويرد التسعين فتكون بين الابنين وعلى الوجه الثاني يعتق ثلثه ويرث أخوه ثلثه فيعتق عليه وللبائع ثلث المحاباة ويرد ثلثيها فيكون ميراثاً.

وقال أبو حنيفة: الثلث للبائع ويسعى المشتري في قيمته لأخيه وقال أبو يوسف ومحمد: يسعى في نصف رقبته ويرث نصفها وقال الشافعي: المحاباة مقدمة لتقديمها ويرث الابن الحر أخاه فيملكه وقيل: يفسخ البيع في ثلثيه ويعتق ثلثه ولا تقدم المحاباة لأن في تقديمها تقرير ملك

الأب على ولده، وقيل: يفسخ البيع في جميعه فإن كانت قيمته ثلث الألف فعلى الوجه الأول: يعتق من رأس المال وتنفذ المحاباة في ثلث الباقي وهو تسعا ألف ويرد البائع أربعة أتساع ألف فتكون بين الابنين وعلى الوجه الآخر يحتمل وجهين.

أحدهما: تقديم العتق على المحاباة فيعتق جميعه ويرد البائع ثلثي الألف فيكون بينهما.

والثاني: أن يعتق ثلثه ويكون للبائع تسعا ألف ويرد أربعة أتساعها كما قلنا في الوجه الأول، وقال أبو حنيفة: للبائع بالمحاباة الثلث ويرد الثلث ويسعى الابن في قيمته لأخيه وفي قول أبي يوسف ومحمد: يرد البائع ثلث الألف فيكون للابن الحر ويعتق الآخر بنصيبه من الميراث وقيل على قول الشافعي: يرد البائع ثلث للألف فيكون ذلك مع الابن المشتري للحر وقيل غير ذلك، وإن اشتراه بألف لا يملك غيره وقيمته ثلاثة آلاف فمن أعتقه من رأس المال جعله حراً.ومن جعل ذلك وصية له أعتق ثلثه بالشراء ويعتق باقيه على أخيه إلا في قولي الشافعي ومن وافقه فإن الحر يملك بقية أخذه فيملك من رقبته قدر ثلثي الثمن وذلك تسعا رقبة لأنه يجعل ثمنه من الثلث دون قيمته وقيل: يفسخ البيع في ثلثيه وقيل: في جميعه، وقال أبو حنيفة: يسعى لأخيه في قيمة ثلثيه.

وقال أبو يوسف ومحمد: يسعى له في نصف قيمته فإن ترك ألفين سواه عتق كله لأن التركة هي الثمن مع الألفين والثمن يخرج من الثلث فيعتق ويرث نصف الألفين وهو قول الشافعي وقيل: يعتق ولا يرث وعند أبي حنيفة وأصحابه: التركة قيمته مع الألفين وذلك خمسة آلاف فعلى قول أبي حنيفة: يعتق منه قدر ثلث ذلك وهو ألف وثلثا ألف ويسعى لأخيه في الألف وثلث ألف وفي قول صاحبيه يعتق منه نصف ذلك وهو خمسة أسداسه ويسعى لأخيه في خمسمائة والألفان لأخيه في قولهم جميعاً، ولو اشترى المريض ابني عم له بألف لا يملك غيره وقيمة كل واحد منهما ألف فأعتق أحدهما ثم وهبه أخاه ثم مات وخلفهما وخلف مولاة فإن قياس قول القاضي: إن شاء الله أن يعتق ثلثا المعتق إلا أن يجيز المولى عتق جميعه ثم يرث بثلثيه ثلثي بقية التركة فيعتق منه ثمانية أتساعه ويبقى تسعة وثلث أخيه للمولى ويحتمل أن يعتق كله ويرث أخاه فيعتقان جميعاً لأنه يصير بالإعتاق وارثاً لثلثي التركة فتنفذ إجازته في إعتاق باقيه فتكمل له الحرية ثم يكمل الميراث له وفي قياس قول أبي الخطاب: يعتق ثلثاه ولا يرث لأنه لو ورث لكان إعتاق وصية له فيبطل إعتاقه ثم يبطل إرثه فيؤدي توريثه إلى إبطال توريثه وهذا قول للشافعي ويبقى ثلثه وابن العم الآخر للمولى وقال أبو حنيفة: يعتق ثلثا المعتق ويسعى في قيمة ثلثه ولا يرث وقال أبو يوسف ومحمد: يعتق كله ويعتق عليه أخوه بالهبة ويكونان أحق بالميراث من المولى فإن كان للميت مال سواهما أخذ ذلك المال بالميراث ويغرم بالمعتق لأخيه الموهوب نصف قيمته ونصف قيمة أخيه لأن عتق الأول وصية له ولا وصية لوارث وقد صار

وارثاً مع أخيه فورث نصف قيمة نفسه ونصف قيمة أخيه وورث أخوه الباقي وكان أخوه الموهوب له هبة من المريض فعتق بقرابته منه ولم يعتق من المريض فلم يكن عتقه وصية بل استهلكها بالعتق الذي جرى فيها فيغرم الأول نصف قيمته ونصف قيمة أخيه لأخيه وأما قول أبي حنيفة: فإن كان الميت لم يدع وارثاً غيرهما عتقا وغرم الأول لأخيه نصف قيمة أخيه ولم يغرم له نصف قيمته نفسه لأنه إذا لم يدع وارثاً جازت وصيته لأنهما لا يرثان ولا يعتقان حتى تجوز وصية الأول لأنه متى بقيت عليه سعاية لم يرث واحد منهما ولم يعتق فلا بد من أن ينفذ للمعتق وصية ليصير حراً فيعتق أخوه بعتقه وقد جازت له الوصية في جميع رقبته لأن الميت إذا لم يدع وارثاً جازت وصيته بجميع ماله ويرثان جميعاً ويرجع الثاني على الأول بنصف قيمته لأنه يقول قد صرت أنا وأنت وارثين فلا تأخذ من الميراث شيئاً دوني وقد كانت رقبتي لك وصية وعتقت من قبلك فاضمن لي نصف رقبتي فإن كان معسراً وهناك مال غيرهما أخذ الثاني نصفه ثم أخذ من النصف الثاني نصف قيمة نفسه وكان ما بقي ميراثاً لأخيه الأول.

فصل: وإذا كان للمريض ثلاثة آلاف فتبرع بألف ثم اشترى أباه مما بقي وله ابن فعلى قول من قال: ليس الشراء وصية يعتق الأب وينفذ من التبرع قدر ثلث المال حال الموت وما بقي فللأب سدسه وباقيه للابن، على قول القاضي ومن جعله وصية لا يعتق أب لأن تبرع المريض إنما ينفذ في الثلث ويقدم الأول فالأول وإذا قدم التبرع لم يبق من الثلث شيء ويرثه الابن فيعتق عليه ولا يرث لأنه إنما عتق بعد الموت، وإن وهب له أبوه عتق وورث لأن الهبة ليست بوصية وكذلك إن ورثه وإن اشترى أباه ثم أعتقه لم يعتق على قول القاضي: لأنه إذا لم يعتق بالملك وهو أقوى من الإعتاق بالقول بدليل نفوذه ففي حق الصبي والمجنون فأولى أن لا ينفذ بالقول.

فصل: وإن ملك المريض من يرثه ممن لا يعتق عليه كابن عمه فأعتقه في مرضه كان إعتاقه وصية معتبرة من الثلث بدليل أن النبيّ ﷺ أقرع بين العبيد الذين أعتقهم مالكهم عند موته ولم يكن له مال سواهم فاعتبر عتقهم من الثلث، فعلى هذا يعتبر خروج المعتق من الثلث فإن خرج من الثلث عتق ولم يرث ذكره أبو الخطاب في مريض ملك ابن عمه في مرضه فأقر بأنه كان أعتقه في صحته عتق ولم يرث لأنه لو ورث لكان إقراره لوارث فلا يقبل فيؤدي توريثه إلى إبطال عتقه ثم يبطل ميراثه فكان إعتاقه من غير توريث أولى ومقتضى قول القاضي: أنه يعتق ويرث لأنه حر حين موت موروثه ليس بقاتل ولا مخالف لدينه ويرث كما لو ورثه وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث ولا يرث على القول الأول وعلى قول القاضي: ينبغي أن يرث بقدر ما فيه من الحرية على ما يذكر في المعتق بعضه.

فصل: وما لزم المريض في مرضه من حق لا يمكنه دفعه وإسقاطه كأرش الجناية وجناية عبده وما عاوض عليه بثمن المثل، وما يتغابن الناس بمثله فهو من رأس المال لا نعلم فيه خلافاً

وهذا عند الشافعي وأصحاب الرأي وكذلك النكاح بمهر المثل جائز من رأس المال لأنه صرف لماله في حاجة نفسه فيقدم بذلك على وارثه، وكذلك لو اشترى جارية يستمتع بها كثيرة الثمن بثمن مثلها أو اشترى من الأطعمة التي لا يأكل مثله منها جاز وصح شراؤه لأنه صرف لمثله في حاجته وإن كان عليه دين أو مات وعليه دين قدم بذلك على وارثه لقوله الله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١١].

فصل: فأما إن قضى المريض بعض غرمائه ووفت تركته بسائر الديون صح قضاؤه ولم يكن لسائر الغرماء الاعتراض عليه، وإن لم يف بها ففيه وجهان:

أحدهما: أن لسائر الغرماء الرجوع عليه ومشاركته فيما أخذه وهو قول أبي حنيفة لأن حقوقهم تعلقت بمرضه فمنعت تصرفه فيه بما ينقص ديونهم كتبرعه ولأنه لو وصى بقضاء بعض ديونه لم يجز فكذلك إذا قضاها.

والثاني: أنهم لا يملكون الاعتراض عليه ولا مشاركته وهو قياس قول أحمد ومنصوص الشافعي لأنه أدى واجباً عليه فصح كما لو اشترى شيئاً فأدى ثمنه أو باع بعض ماله وسلمه ويفارق الوصية فإنه لو اشترى ثياباً مثمنة صح ولو وصى بتكفينه في ثياب مثمنة لم يصح يحقق هذا أن إيفاء ثمن المبيع قضاء لبعض غرمائه وقد صح عقيب البيع فكذلك إذا تراخى إذ لا أثر لتراخيه.

فصل: وإذا تبرع المريض أو أعتق ثم أقر بدين لم يبطل تبرعه. نص عليه أحمد فيمن أعتق عبده في مرضه ثم أقر بدين عتق العبد ولم يرد إلى الرق وهذا لأن الحق يثبت بالتبرع في الظاهر فلم يقبل إقراره فيما يبطل به حق غيره.

فصل: ويعتبر في المريض الذي هذه أحكامه شرطان:

أحدهما: أن يتصل بمرضه الموت ولو صح في مرضه الذي أعطى فيه ثم مات بعد ذلك فحكم عطيته حكم عطية الصحيح لأنه ليس بمرض الموت.

الثاني: أن يكون مخوفاً والأمراض على أربعة أقسام (غير مخوف) مثل وجع العين والضرس والصداع اليسير وحمى ساعة فهذا حكم صاحبه حكم الصحيح لأنه لا يخاف منه في العادة.

الضرب الثاني: الأمراض الممتدة كالجذام وحمى الربع والفالج في انتهائه والسل في ابتدائه والحمى الغب، فهذا الضرب إن أضنى صاحبها على فراشه فهي مخوفة وإن لم يكن صاحب فراش بل كان يذهب ويجيء فعطاياه من جميع المال. قال القاضي: هذا تحقيق المذهب فيه، وقد روى حرب عن أحمد في وصية المجذوم والمفلوج من الثلث وهو محمول على أنهما صارا

صاحبي فراش وبه يقول الأوزاعي والثوري ومالك وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور، وذكر أبو بكر وجهان في صاحب الأمراض الممتدة أن عطيته من صلب المال وهو مذهب الشافعي لأنه لا يخاف تعجيل الموت فيه وإن كان لا يبرأ فهو كالهرم.

ولنا: إنه مريض صاحب فراش يخشى التلف. فأشبه صاحب الحمى الدائمة. وأما الهرم فإن صار صاحب فراش فهو كمسألتنا.

الضرب الثالث: من تحقق تعجيل موته فينظر فيه فإن كان عقله قد اختل مثل من ذبح أو أبينت حشوته فهذا لا حكم لكلامه ولا لعطيته لأنه لا يبقى له عقل ثابت وإن كان ثابت العقل كمن خرقت حشوته أو اشتد مرضه ولم يتغير عقله صح تصرفه وتبرعه وكان تبرعه من الثلث فإن عمر رضي الله عنه خرجت حشوته فقبلت وصيته ولم يختلف في ذلك، وعلي رضي الله عنه بعد ضرب ابن ملجم أوصى وأمر ونهى فلم يحكم ببطلان قوله.

الضرب الرابع: مرض مخوف لا يتعجل موت صاحبه يقيناً لكنه يخاف ذلك كالبرسام. وهو بخار يرقى إلى الرأس ويؤثر في الدماغ فيختل العقل والحمى الصالب والرعاف الدائم لأنه يصفي الدم فيذهب القوة، وذات الجنب وهو قرح بباطن الجنب، ووجع القلب والرئة. فإنها لا تسكن حركتها فلا يندمل جرحها، والقولنج وهو أن ينعقد الطعام في بعض الأمعاء ولا ينزل عنه، فهذه كلها مخوفة سواء كان معها حمى أو لم يكن. وهي مع الحمى أشد خوفاً، فإن ثاوره الدم واجتمع في عضو كان مخوفاً لأنه من الحرارة المفرطة، وإن هاجت به الصفراء فهي مخوفة لأنها تورث يبوسة وكذلك البلغم إذا هاج. لأنه من شدة البرودة. وقد تغلب على الحرارة الغريزية فتطفئها، والطاعون مخوف لأنه من شدة الحرارة إلا أنه يكون في جميع البدن، وأما الإسهال فإن كان منخرقاً لا يمكنه منعه ولا إمساكه فهو مخوف. وإن كان ساعة لأن من لحقه ذلك أسرع في هلاكه، وإن لم يكن منخرقاً لكنه يكون تارة وينقطع أخرى. فإن كان يوماً أو يومين فليس بمخوف لأن ذلك قد يكون من فضلة الطعام إلا أن يكون معه زحير وتقطيع كأن يخرج متقطعاً. فإنه يكون مخوفاً لأن ذلك يضعف، وإن دام الإسهال فهو مخوف سواء كان معه زحير أو لم يكن، وما أشكل أمره من الأمراض رجع فيه إلى قول أهل المعرفة وهم الأطباء أهل الخبرة بذلك والتجربة والمعرفة ولا يقبل إلا قول طبيبين مسلمين ثقتين بالغين. لأن ذلك يتعلق به حق الوارث وأهل العطايا فلم يقبل فيه إلا ذلك، وقياس قول الخرقي: أنه يقبل قول الطبيب العدل إذا لم يقدر على طبيبين كما ذكرنا في باب الدعاوى، فهذا الضرب وما أشبهه عطاياه صحيحة لما ذكرناه من قصة عمر رضي الله عنه فإنه لما جرح سقاه الطبيب لبناً فخرج من جرحه فقال له الطبيب: اعهد إلى الناس. فعهد إليهم ووصى فاتفق الصحابة على قبول عهده ووصيته، وأبو بكر لما اشتد مرضه عهد إلى عمر فنفذ عهده.

مسألة: قال: (وكذلك الحامل إذا صار لها ستة أشهر).

يعني عطيتها من الثلث. وهذا قول مالك وقال إسحاق: إذا أثقلت لا يجوز لها إلا الثلث ولم يحد وحكاه ابن المنذر عن أحمد. وقال سعيد بن المسيب وعطاء وقتادة: عطية الحامل من الثلث. وقال أبو الخطاب: عطية الحامل من رأس المال ما لم يضربها المخاض فإذا ضربها المخاض فعطيتها من الثلث، وبهذا قال النخعي ومكحول ويحيى الأنصاري والأوزاعي والثوري والعنبري وابن المنذر، هو ظاهر مذهب الشافعي لأنها قبل ضرب المخاض لا تخاف الموت ولأنها إنما تخاف الموت إذا ضربها الطلق فأشبهت صاحب الأمراض الممتدة قبل أن يصير صاحب فراش، وقال الحسن والزهري: عطيتها كعطية الصحيح وهو القول الثاني للشافعي لأن الغالب سلامتها، ووجه قول الخرقي أن ستة الأشهر وقت يمكن الولادة فيه وهي من أسباب التلف، والصحيح إن شاء الله أنها إذا ضربها الطلق كان مخوفاً لأنه ألم شديد يخاف منه التلف فأشبهت صاحب سائر الأمراض المخوفة، وأما قبل ذلك فلا ألم بها واحتمال وجوده خلاف العادة فلا يثبت الحكم باحتماله البعيد مع عدمه كالصحيح فأما بعد الولادة فإن بقيت المشيمة معها فهو مخوف، وإن مات الولد معها فهو مخوف لأنه يصعب خروجه وإن وضعت الولد وخرجت المشيمة وحصل ثم ورم أو ضربان شديد فهو مخوف وإن لم يكن شيء من ذلك فقد روي عن أحمد في النفساء: إن كانت ترى الدم فعطيتها من الثلث ويحتمل أنه أراد بذلك إذا كان معه ألم للزومه لذلك في الغالب ويحتمل أن يحمل على ظاهره فإنها إذا كانت ترى الدم كانت كالمريض وحكمها بعد السقط كحكمها بعد وضع الولد التام، وإن أسقطت مضغة أو علقة فلا حكم له إلا أن يكون ثم مرض أو ألم وهذا كله مذهب الشافعي إلا أن مجرد الدم عنده ليس بمخوف.

فصل: ويحصل الخوف بغير ما ذكرناه في مواضع خمسة تقوم مقام المرض. **أحدها:** إذا التحم الحرب واختلطت الطائفتان للقتال وكانت كل طائفة مكافئة للأخرى أو مقهورة، فأما القاهرة منهما بعد ظهورها فليست خائفة، وكذلك إذا لم يختلطوا بل كانت كل واحدة منهما متميزة سواء كان بينهما رمي بالسهام أو لم يكن فليست حالة خوف، ولا فرق بين كون الطائفتين متفقتين في الدين أو مفترقتين وبه قال مالك والأوزاعي والثوري ونحوه عن مكحول وعن الشافعي قولان:

أحدهما: كقول الجماعة.

والثاني: ليس بمخوف لأنه ليس بمريض.

ولنا: إن توقع التلف هاهنا كتوقع المرض أو أكثر فوجب أن يلحق به ولأن المرض إنما جعل مخوفاً لخوف صاحبه التلف وهذا كذلك، قال أحمد: إذا حضر القتال كان عتقه من الثلث

وعنه إذا التحم الحرب فوصيته من المال كله فيحتمل أن يجعل هذا رواية ثانية وتسمى العطية وصية تجوزاً لكونها في حكم الوصية ولكونها عند الموت ويحتمل أن يحمل على حقيقته في صحة الوصية من المال كله لكن يقف الزائد على الثلث على إجازة الورثة فإن حكم وصية الصحيح وخائف التلف واحد.

الثانية: إذا قدم ليقتل فهي حالة خوف سواء أريد قتله للقصاص أو لغيره وللشافعي فيه قولان:

أحدهما: أنه مخوف.

والثاني: إن جرح فهو مخوف وإلا فلا لأنه صحيح البدن والظاهر العفو عنه.

ولنا: إن التهديد بالقتل جعل إكراهاً يمنع وقوع الطلاق وصحة البيع ويبيح كثيراً من المحرمات ولولا الخوف لم تثبت هذه الأحكام وإذا حكم للمريض وحاضر الحرب بالخوف مع ظهور السلامة وبعد وجود التلف فمع ظهور التلف وقربه أولى ولا عبرة بصحة البدن فإن المرض لم يكن مثبتاً لهذا الحكم لعينه بل لخوف إفضائه إلى التلف فثبت الحكم هاهنا بطريق التنبيه لظهور التلف.

الثالثة: إذا ركب البحر فإن كان ساكناً فليس بمخوف وإن تموج واضطرب وهبت الريح العاصف فهو مخوف فإن الله تعالى وصفهم بشدة الخوف بقوله سبحانه: ﴿**هُوَ الَّذِي يُسَيِّرُكُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ حَتَّى إِذَا كُنْتُمْ فِي الْفُلْكِ وَجَرَيْنَ بِهِمْ بِرِيحٍ طَيِّبَةٍ وَفَرِحُوا بِهَا جَاءَتْهَا رِيحٌ عَاصِفٌ وَجَاءَهُمُ الْمَوْجُ مِنْ كُلِّ مَكَانٍ وَظَنُّوا أَنَّهُمْ أُحِيطَ بِهِمْ دَعَوُا اللهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ لَئِنْ أَنْجَيْتَنَا مِنْ هَذِهِ لَنَكُونَنَّ مِنَ الشَّاكِرِينَ**﴾ [يونس: ٢٢].

الرابعة: الأسير والمحبوس إذا كان من عادته القتل فهو خائف عطيته من الثلث وإلا فلا وهذا قول أبي حنيفة ومالك وابن أبي ليلى وأحد قولي الشافعي. وقال الحسن لما حبس الحجاج إياس بن معاوية: ليس له من ماله إلا الثلث، وقال أبو بكر: عطية الأسير من الثلث ولم يفرق وبه قال الزهري والثوري وإسحاق وحكاه ابن المنذر عن أحمد، وتأول القاضي ما روي عن أحمد في هذا على ما ذكرناه من التفصيل ابتداء، وقال الشعبي ومالك: الغازي عطيته من الثلث، وقال مسروق: إذا وضع رجله في الغرز. وقال الأوزاعي: المحصور في سبيل الله والمحبوس ينتظر القتل أو تفقأ عيناه هو في ثلثه والصحيح إن شاء الله ما ذكرنا من التفصيل لأن مجرد الحبس والأسر من غير خوف القتل ليس بمرض ولا هو في معنى المرض في الخوف فلم يجز إلحاقه به. وإذا كان المريض الذي لا يخاف التلف عطيته من رأس ماله فغيره أولى.

الخامسة: إذا وقع الطاعون ببلدة فعن أحمد: أنه يخوف ويحتمل أنه ليس بمخوف فإنه ليس بمرض وإنما يخالف المرض والله أعلم.

فصل: ويعتبر خروج العطية من الثلث حال الموت فمهما خرج من الثلث تبينا أن العطية صحت فيه حال العطية فإن نما المعطي أو كسب شيئاً قسم بين الورثة وبين صاحبه على قدر مالهما فيه فربما أفضى إلى الدور فمن ذلك إذا أعتق عبداً لا مال له سواه فكسب مثل قيمته في حياة سيده فللعبد من كسبه بقدر ما عتق منه وباقيه لسيده فيزداد به مال السيد وتزداد الحرية لذلك ويزداد حقه من كسبه فينقص به حق السيد من الكسب وينقص بذلك قدر المعتق منه، فيستخرج ذلك بالجبر فيقال: عتق من العبد شيء وله من كسبه شيء لأن كسبه مثله وللورثة من العبد وكسبه شيئان لأن لهم مثلي ما عتق منه وقد عتق منه شيء ولا يحسب على العبد ما حصل له من كسبه لأنه استحقه بجزئه الحر لا من جهة سيده فصار للعبد شيئان وللورثة شيئان من العبد وكسبه فيقسم العبد وكسبه نصفين يعتق منه نصفه وله نصف كسبه وللورثة نصفهما، وإن كسب مثلي قيمته فله من كسبه شيئان صار له ثلاثة أشياء ولهم شيئان فيقسم العبد وكسبه أخماساً يعتق منه ثلاثة أخماسه وله ثلاثة أخماس كسبه وللورثة خمساه وخمسا كسبه، وإن كسب ثلاثة أمثال قيمته فله ثلاثة أشياء من كسبه مع ما عتق منه ولهم شيئان فيعتق منه ثلثاه وله ثلثا كسبه ولهم الثلث منهما وإن كسب نصف قيمته عتق منه شيء وله نصف شيء ولهم شيئان فالجميع ثلاثة أشياء ونصف إذا بسطتها أنصافاً صارت سبعة، له ثلاثة أسباعها فيعتق ثلاثة أسباعه وله ثلاثة أسباع كسبه والباقي لهم فإن كانت قيمته مائة فكسب تسعة فاجعل له من كل دينار شيئاً فقل عتق منه مائة شيء وله من كسبه تسعة أشياء ولهم مائتا شيء ويعتق منه جزء وتسعة أجزاء من ثلاثمائة وتسعة وله من كسبه مثل ذلك ولهم مائتا جزء من نفسه ومائتان من كسبه، وإن كان على السيد دين يستغرق قيمته وقيمة كسبه، صرفا في الدين ولم يعتق منه شيء لأن الدين مقدم على التبرع وإن لم يستغرق قيمته وقيمة كسبه صرف من العبد وكسبه ما يقتضي به الدين وما بقي منهما يقسم على ما يعمل في العبد الكامل وكسبه. فلو كان على السيد دين كقيمته صرف فيه نصف العبد ونصف كسبه وقسم النصف الباقي بين الورثة والعتق نصفين وكذلك بقية الكسب وإن كسب العبد مثل قيمته وللسيد مال مثل قيمته قسمت العبد ومثلي قيمته على الأشياء الأربعة فلكل شيء ثلاثة أرباع فيعتق من العبد ثلاثة أرباعه وله ثلاثة أرباع كسبه ولو أعتق عبداً قيمته عشرون ثم أعتق عبداً قيمته عشرة فكسب كل واحد منهما مثل قيمته لكملت الحرية في العبد الأول فيعتق منه شيء وله من كسبه شيء وللورثة شيئان ويقسم العبدان وكسبهما على الأشياء الأربعة فيكون لكل شيء خمسة عشر فيعتق منه بقدر ذلك وهو ثلاثة أرباعه وله ثلاثة أرباع كسبه والباقي لهم وإن بدأ يعتق الأدنى عتق كله وأخذ كسبه ويستحق الورثة من العبد الآخر وكسبه مثلي العبد الذي عتق وهو نصفه ونصف كسبه ويبقى نصفه ونصف كسبه بينهما نصفين فيعتق ربعه وله ربع كسبه ويرق ثلاثة أرباعه ويتبعه ثلاثة أرباع كسبه وذلك مثل ما أعتق منهما وإن أعتق العبدين دفعة واحدة قرعنا بينهما فمن خرجت له قرعة الحرية فحكمه كما لو بدأ بإعتاقه.

فصل: وإن أعتق ثلاثة أعبد قيمتهم سواء وعليه دين بقدر قيمة أحدهم وكسب أحدهم مثل قيمته أقرعنا بينهم لإخراج الدين[١] فإن وقعت على غير المكتسب عتق كله. والمكتسب وماله للورثة وإن وقعت قرعة الحرية على المكتسب عتق منه ثلاثة أرباعه وله ثلاثة أرباع كسبه وباقيه وباقي كسبه والعبد الآخر للورثة كما قلنا: فيما إذا كان للسيد مال بقدر قيمته ولو وقعت قرعة الدين ابتداء على المكتسب لقضينا الدين بنصفه ونصف كسبه ثم أقرعنا بين باقيه وبين العبدين الآخرين في الحرية فإن وقعت على غيره عتق كله وللورثة ما بقي وإن وقعت على المكتسب عتق باقيه وأخذ باقي كسبه ثم نقرع بين العبدين لإتمام الثلث فمن وقعت عليه القرعة عتق ثلثه وبقي ثلثاه والعبد الآخر للورثة ولو كان العبد موهوباً لإنسان كان له من العبد وكسبه مثل ما للعبد من كسبه ونفسه في هذه المسائل كلها.

فصل: وإن أعتق عبدين متساويي القيمة بكلمة واحدة ولا مال له غيرهما فمات أحدهما أقرع بين الحي والميت فإن وقعت على الميت فالحي رقيق وتبين أن الميت نصفه حر، لأن مع الورثة مثلي نصفه وإن وقعت على الحي عتق ثلثه، ولا يحسب الميت على الورثة لأنه لم يصل إليهم.

فصل: رجل أعتق عبداً لا مال له سواه قيمته عشرة فمات قبل سيده وخلف عشرين فهي لسيده بالولاء وتبين أنه مات حراً وكذلك إن خلف أربعين وبنتاً وإن خلف عشرة عتق منه شيء وله من كسبه شيء ولسيده شيئان وقد حصل في يد سيده عشرة تعدل شيئين فتبين أن نصفه حر ونصفه رقيق والعشرة يستحقها السيد نصفها بحكم الرق ونصفها بالولاء فإن خلف العبد ابناً فله من رقبته شيء ومن كسبه شيء يكون لأبيه بالميراث ولسيده شيئان فتقسم العشرة على ثلاثة للابن ثلثها وللسيد ثلثاها وتبين أنه عتق من العبد ثلثه، وإن خلف بنتاً فلها نصف شيء وللسيد شيئان فصارت العشرة على خمسة للبنت خمسها وللسيد أربعة أخماسها تعدل شيئين فتبين أن خمسي العبد مات حراً، وإن خلف العبد عشرين وابناً فله من كسبه شيئان يكونان لابنه ولسيده شيئان فصارت العشرون بين السيد وبين ابنه نصفين وتبين أنه عتق منه نصفه فإن مات الابن قبل موت السيد وكان ابن معتقه ورثه السيد لأنا تبينا أن أباه مات حراً لكون السيد ملك عشرين وهي مثلا قيمته فعتق وجر ولاء ابنه إلى سيده فورثه وإن لم يكن ابن معتقه لم ينجر ولاؤه ولم يرثه سيد أبيه، وكذلك الحكم لو خلف هذا الابن عشرين ولم يخلف أبوه شيئاً أو ملك السيد عشرين من أي جهة كانت، وإن لم يملك عشرين لم ينجر ولاء الابن إليه لأن أباه لم يعتق

---

(١) قوله: أقرعنا بينهم لإخراج الدين فيه نظر لأن القرعة لا مدخل لها في تعيين الدين لتعلق الدين بكل جزء من أجزاء التركة بخلاف العتق فإنه يتعين بها فلذلك يجب أن يقرع للعتق أولاً ثم قوله: ولو وقعت قرعة الدين ابتداء على المكتسب لقضينا الدين بنصفه ونصف كسبه تحكم لا وجه له ويحتاج إلى جعل العتق في عبدين لذلك وهو خلاف للأصول إذا كان يمكنه جعل العتق بكماله في واحد والله أعلم.

وإن عتق بعضه جر من ولاء ابنه بقدره فلو خلف الابن عشرة وملك السيد خمسة فإنك تقول: عتق من العبد شيء ويجر من ولاء أبيه مثل ذلك ويحصل له من ميراثه شيء مع خمسته وهما يعدلان شيئين وباقي العشرة لمولى أمه فيقسم بين السيد ومولى الأم نصفين وتبين أنه قد عتق من العبد نصفه وحصل للسيد خمسه من ميراث ابنه وكانت له خمسة وذلك مثلا ما عتق من العبد فإن مات الابن في حياة أبيه قبل موت سيده وخلف مالاً وحكمنا بعتق الأب أو عتق بعضه ورث مال ابنه إن كان حراً أو بقدر ما فيه من الحرية إن كان بعضه حراً ولم يرث سيده منه شيئاً وفي هذه المسائل خلاف تركت ذكره كراهة التطويل.

فصل: في المحاباة في المرض وهي أن يعاوض بماله ويسمح لمن عاوضه ببعض عوضه وهي على أقسام:

أحدها: المحاباة في البيع والشراء ولا يمنع ذلك صحة العقد في قول الجمهور. وقال أهل الظاهر: العقد باطل.

ولنا: عموم قول الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] ولأنه تصرف صدر من أهله في محله فصح كغير المريض فلو باع في مرضه عبداً لا يملك غيره قيمته ثلاثون بعشرة فقد حابى المشتري بثلثي ماله وليس له المحاباة بأكثر من الثلث فإن أجاز للورثة ذلك لزم البيع وإن لم يجيزوا فاختار المشتري فسخ البيع فله ذلك لأن الصفقة تبعضت عليه، وإن اختار إمضاء البيع فالصحيح عندي أنه يأخذ نصف المبيع بنصف الثمن ويفسخ البيع في الباقي وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي، **والوجه الثاني**: أنه يأخذ ثلثي المبيع بالثمن كله. إلى هذا أشار القاضي في نحو هذه المسألة لأنه يستحق الثلث بالمحاباة والثلث الآخر بالثمن. وقال أهل العراق: يقال له: إن شئت أديت عشرة أخرى وأخذت المبيع، وإن شئت فسخت ولا شيء لك، وعند مالك: له أن يفسخ ويأخذ ثلث المبيع بالمحاباة ويسميه أصحابه خلع الثلث.

ولنا: إن فيما ذكرناه مقابلة بعض المبيع بقسطه من الثمن عند تعذر أخذ جميعه بجميعه فصح ذلك كما لو اشترى سلعتين بثمن فانفسخ البيع في إحداهما لعيب أو غيره أو كما لو اشترى شقصاً وسيفاً فأخذ الشفيع الشقص أو كالشفعاء يأخذ كل واحد منهم جزءاً من المبيع بقسطه أو كما لو اشترى قفيزاً يساوي ثلاثين بقفيز قيمته عشرة وأما الوجه الذي اختاره القاضي فلا يصح لأنه أوجب له المبيع بثمن فيأخذ بعضه بالثمن كله فلا يصح كما لو قال: بعتك هذا بمائة فقال: قبلت نصفه بها ولأنه إذا فسخ البيع في بعضه وجب أن يفسخه في قدره من ثمنه ولا يجوز فسخ البيع فيه مع بقاء ثمنه كما لا يجوز فسخ البيع في الجميع مع بقاء ثمنه.

وأما أهل العراق فإن فيه إجبار الورثة على المعاوضة على غير هذا الوجه الذي عاوض مورثهم وإذا فسخ البيع لم يستحق شيئاً لأن الوصية إنما حصلت في ضمن البيع فإذا بطل البيع

زالت الوصية كما لو وصى لرجل بعينه أن يحج عنه بمائة وأجر مثله خمسون فطلب الخمسين الفاضلة بدون الحج، وإن اشترى عبداً يساوي عشرة بثلاثين فإنه يأخذ نصفه بنصف الثمن، وإن باع العبد الذي يساوي ثلاثين بخمسة عشر جاز والبيع في ثلثه بثلثي الثمن، وعلى قول القاضي: للمشتري خمسة أسداسه بكل الثمن وطريق هذا أن تنسب الثمن وثلث المبيع إلى قيمته فيصح البيع في قدر تلك النسبة وهو خمسة أسداسه وعلى الوجه الأول يسقط الثمن من قيمة المبيع وينسب الثلث إلى الباقي فيصح البيع في قدر تلك النسبة وهو ثلثاه بثلثي الثمن، فإن خلف البائع عشرة أخرى فعلى الوجه الأول يصح البيع في ثمانية أتساعه بثمانية أتساع الثمن. وعلى الوجه الثاني يأخذ المشتري نصفه وأربعة أتساعه بجميع الثمن ويرد نصف تسعة وإن باع قفيز حنطة يساوي ثلاثين بقفيز يساوي عشرة أو بقفيز يساوي خمسة عشر تعين الوجه الذي اخترناه في قول القاضي ومن وافقه لأن المساواة هاهنا شرط في صحة البيع ولا تحصل بغير هذا الوجه وطريق حسابها بالجبر فيما إذا باعه بما يساوي ثلث قيمته أن نقول يجوز البيع في شيء من الأرفع بشيء من الأدون وقيمته ثلث شيء فتكون المحاباة بثلثي شيء ألقهما من الأرفع يبق قفيز إلا ثلثي شيء يعدل مثلي المحاباة وذلك شيء وثلث شيء فإذا جبر به عدل شيئين فالشيء نصف القفيز.

فصل: القسم الثاني: المحاباة في التزويج إذا تزوج في مرضه امرأة صداق مثلها خمسة فأصدقها عشرة لا يملك سواها ثم مات فإن ورثته بطلت المحاباة إلا أن يجيزها سائر الورثة وإن لم ترثه لكونها مخالفة له في الدين أو غير ذلك فلها مهرها وثلث ما حاباها به وإن ماتت قبله فورثها ولم تخلف مالاً سوى ما أصدقها دخلها الدور فتصح المحاباة في شيء فيكون له خمسة بالصداق وشيء بالمحاباة ويبقى لورثة الزوج خمسة الأشياء ثم رجع إليهم بالميراث نصف مالها وهو اثنان ونصف ونصف شيء صار لهم سبعة ونصف إلا نصف شيء يعدل شيئين أجبر وقابل يخرج الشيء ثلاثة فكان لها ثمانية رجع إلى ورثة الزوج نصفها أربعة صار لهم ستة ولورثتها أربعة فإن ترك الزوج خمسة أخرى قلت: يبقى مع ورثة الزوج اثنا عشر ونصف إلا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء خمسة فجازت لها المحاباة جميعها ورجع جميع ما حاباها به إلى ورثة الزوج وبقي لورثتها صداق مثلها، وإن كان للمرأة خمسة ولم يكن للزوج شيء قلت: يبقى مع ورثة الزوج عشرة إلا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء أربعة فيكون لها بالصداق تسعة مع خمسها أربعة عشر رجع إلى ورثة الزوج نصفها مع الدينار الذي بقي لهم صار لهم ثمانية ولورثتها سبعة. وإن عليها دين ثلاثة قلت: يبقى مع ورثة الزوج ستة إلا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء ديناران وخمسان. والباب في هذا أن تنظر ما يبقى في يد ورثة الزوج فخمساه هو الشيء الذي صحت المحاباة فيه وذلك لأنه بعد الجبر يعدل شيئين ونصفاً والشيء هو خمسا شيئين ونصف وإن شئت أسقطت خمسة وأخذت نصف ما تبقى.

فصل: القسم الثالث: أن يخالعها في مرضها بأكثر من مهرها فمذهب أحمد أن لورثتها أن لا يعطوه أكثر من ميراثه منها يكون له الأقل من العوض أو ميراثه منها وبهذا قال أبو حنيفة: إن خالعها بعد دخوله بها ومات قبل انقضاء عدتها لأنها متهمة في أنها قصدت إيصال أكثر من ميراثه إليه وعند مالك: إن زاد على مهر المثل فالزيادة مردودة وعن مالك: إن خلع المريضة باطل. وقال الشافعي: الزيادة على مهر المثل محاباة تعتبر من الثلث.

وقال أبو حنيفة: إن خالعها قبل دخوله بها أو مات بعد انقضاء عدتها فالعوض من الثلث ومثال ذلك: امرأة اختلعت من زوجها بثلاثين لا مال لها سواها وصداق مثلها اثنا عشر فله خمسة عشر سواء قل صداقها أو كثر لأنها قدر ميراثه وعند الشافعي له ثمانية عشر اثنا عشر لأنها قدر صداقها وثلث باقي المال بالمحاباة وهو ستة، وإن كان صداقها ستة فله أربعة عشر لأن ثلث الباقي ثمانية. مريض تزوج امرأة على مائة لا يملك غيرها ومهر مثلها عشرة ثم مرضت فاختلعت منه بمائة ولا مال لها سواها فلها مهر مثلها ولها شيء بالمحاباة والباقي له ثم رجع إليه نصف مالها بالمحاباة وهو خمسة ونصف شيء صار مع ورثته خمسة وتسعون إلا نصف شيء يعدل شيئين فبعد الجبر يخرج الشيء ثمانية وثلاثين فقد صح لها بالصداق والمحاباة ثمانية وأربعون وبقي مع ورثته اثنان وخمسون فرجع إليهم بالخلع أربعة وعشرون فصار معهم ستة وسبعون وبقي للمرأة أربعة وعشرون، وعند الشافعي: يرجع إليهم صداق المثل وثلث شيء بالمحاباة فصار بأيديهم مائة إلا ثلثي شيء يعدل شيئين فالشيء ثلاثة أثمانها وهو سبعة وثلاثون ونصف فصار لها ذلك ومهر المثل رجع إليه مهر المثل وثلث الباقي اثنا عشر ونصف فيصير بأيدي ورثته خمسة وسبعون وهو مثلا محاباتها وعند أبي حنيفة: يرجع إليهم ثلث العشر وثلث الشيء فصار معهم ثلاثة وتسعون وثلث إلا ثلثي شيء فالشيء ثلاثة أثمانها وهو خمسة وثلاثون مع العشرة صار لها خمسة وأربعون رجع إلى الزوج ثلثها صار لورثتها ثلاثون ولورثته سبعون هذا إذا ماتت بعد انقضاء عدتها، وإن تركت المرأة مائة أخرى فعلى قولنا: يبقى مع ورثة الزوج مائة وخمسة وأربعون إلا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء خمسا ذلك وهو ثمانية وخمسون وهو الذي صحت المحاباة فيه فلها ذلك. وعشرة بالمثل صار لها مائة وثمانية وستون رجع إلى الزوج نصفها أربعة وثمانون وكان الباقي معه اثنان وثلاثون صار له مائة وستة عشر ولورثتها أربعة وثلاثون.

فصل: في الهبة

رجل وهب أخاه مائة لا يملك غيرها فقبضها ثم مات وخلف بنتاً فقد صحت الهبة في شيء والباقي للواهب ورجع إليه بالميراث نصف الشيء الذي جازت الهبة فيه صار معه مائة إلا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء خمسا ذلك أربعون رجع إلى الواهب نصفها عشرون صار معه ثلاثون وبقي لورثة أخي الواهب عشرون وطريقها بالباب أن تأخذ عدداً لثلثه نصف وهو ستة

فتأخذ ثلثه اثنين وتلقي نصفه سهماً يبقى سهم فهو للموهوب له ويبقى للواهب أربعة فتقسم المائة سهم على خمسة والسهم الذي أسقطته لا يذكر لأنه يرجع على جميع السهام الباقية بالسوية فيجب اطراحه كالسهام الفاضلة عن الفروض في مسألة الرد، وشبه هذه المسألة من مسائل الرد أم وأختان فللأختين أربعة وللأم سهم يسقط ذكر السهم السادس، ولو كان ترك اثنتين ضربت ثلاثة في ثلاثة صارت تسعة وأسقطت منها سهماً يبقى سهمان فهي التي تبقى لورثة الموهوب له ويبقى ستة للواهب وهي مثلا ما جازت الهبة فيه، وإن خلف امرأة وبنتاً فمسألتها من ثمانية تضربها في ثلاثة تكن أربعة وعشرين تسقط منها الثلاثة التي ورثها الواهب يبقى أحد وعشرون فهي المال وتأخذ ثلث الأربعة والعشرين وهي ثمانية تلقي منها الثلاثة يبقى خمسة فهي الباقية لورثة الموهوب له والباقي للواهب فتقسم المائة على هذه السهام.

فصل: فإن وهب مريض مريضاً مائة لا يملك سواها ثم عاد الموهوب له فوهبها للأول، ولا يملك سواها فبالباب نضرب ثلاثة في ثلاثة ونسقط منها سهماً يبقى ثمانية فاقسم المائة عليها لكل سهم خمسة وعشرون ثم خذ ثلثها ثلاثة أسقط منها سهماً يبقى سهمان فهو للموهوب الأول وذلك هو الربع وبالجبر قد صحت الهبة في شيء ثم صحت الهبة الثانية في ثلثه بقي للموهوب الأول ثلثا شيء والواهب مائة إلا ثلثي شيء يعدل شيئين أجبر وقابل يخرج الشيء سبعة وثلاثين ونصفاً رجع إلى الواهب ثلثها اثنا عشر ونصف وبقي للموهوب له خمسة وعشرون فإن خلف الواهب مائة أخرى فقد بقي مع الواهب مائتان إلا ثلثي شيء تعدل شيئين فالشيء ثلاثة أثمانها وذلك خمسة وسبعون رجع إلى الواهب ثلثها بقي مع ورثته خمسون.

فصل: فإن وهب رجل رجلاً جارية فقبضها الموهوب له ووطئها ومهرها ثلث قيمتها ثم مات الواهب ولا شيء له سواها وقيمتها ثلاثون ومهرها عشرة فقد صحت الهبة في شيء وسقط عنه من مهرها ثلث شيء وبقي للواهب أربعون إلا شيئاً وثلثاً يعدل شيئين أجبر وقابل يخرج الشيء خمس ذلك وعشرة وهو اثنا عشر وذلك خمسا الجارية فقد صحت الهبة فيه ويبقى للواهب ثلاثة أخماسها وله على الموهوب له ثلاثة أخماس مهرها ستة، ولو وطئها أجنبي فكذلك ويكون عليه مهرها ثلاثة أخماسه للواهب وخمساه للموهوب له إلا أن نفوذ الهبة فيما زاد على الثلث منها موقوف على حصول المهر من الواطىء فإن لم يحصل منه شيء لم تزد الهبة على ثلثها وكلما حصل منه شيء نفذت الهبة في الزيادة بقدر ثلثه، وإن وطئها الواهب فعليه من عقرها بقدر ما جازت الهبة فيه وهو ثلث شيء يبقى معه ثلاثون إلا شيئاً يعدل شيئين فالشيء تسعة وهو خمس الجارية وعشرها وسبعة أعشارها لورثة الواطىء وعليهم عقر الذي جازت الهبة فيه فإن أخذ من الجارية بقدرها صار له خمساها.

فصل: وإن وهب مريض رجلاً عبداً لا يملك غيره فقتل العبد الواهب قيل للموهوب له: إما أن تفديه وإما أن تسلمه فإن اختار تسليمه سلمه كله نصفه بالجناية ونصفه لانتقاص

الهبة فيه وذلك لأن العبد كله قد صار إلى ورثة الواهب وهو مثلا نصفه فتبين أن الهبة جازت في نصفه وإن اختار فداءه فداءه روايتان:

إحداهما: يفديه بأقل الأمرين من قيمة نصيبه منه أو أرش جنايته.

والأخرى: يفديه بقدر ذلك من أرض جنايته بالغة ما بلغت، فإن كانت قيمته دية فإنك تقول: صحت الهبة في شيء وتدفع إليهم نصف العبد وقيمة نصفه وذلك يعدل شيئين فتبين أن الشيء نصف العبد وإن كانت قيمته ديتين واختار دفعه فإن الهبة تجوز في شيء وتدفع إليهم نصفه يبقى معهم عبد إلا نصف شيء يعدل شيئين فالشيء خمساه ويرد إليهم ثلاثة أخماسه لانتقاص الهبة وخمساً من أجل جنايته فيصير لهم أربعة أخماسه وذلك مثلا ما جازت الهبة فيه وإن اختار فداءه فداه بخمسي الدية ويبقى لهم ثلاثة أخماسه وخمسا الدية وهي بمنزلة خمس منه ويبقى له خمساه. وإن كانت قيمته نصف الدية أو أقل وقلنا: نفديه بأرش جنايته نفذت الهبة في جميعه لأن أرشها أكثر من مثلي قيمته أو مثليها، وإن كانت قيمته ثلاثة أخماس الدية فاختار فداءه بالدية فقد صحت الهبة في شيء ويفديه بشيء وثلثين فصار مع الورثة عبد وثلثا شيء يعدل شيئين فالشيء ثلاثة أرباع فتصح الهبة في ثلاثة أرباع العبد ويرجع إلى الواهب ربعه مائة وخمسون وثلاثة أرباع الدية سبعمائة وخمسون صار الجميع تسعمائة وهو مثلاً ما صحت الهبة فيه، فإن ترك الواهب مائة دينار فاضممها إلى قيمة العبد. فإن اختار دفع العبد دفع ثلثه وربعه وذلك قدر نصف جميع المال بالجناية وباقيه لانتقاص الهبة فيصير العبد والمائة وذلك مثلا ما جازت الهبة فيه وإن اختار الفداء فقد علمت أنه يفدي ثلاثة أرباعه إذا لم يترك شيئاً فزد على ذلك ثلاثة أرباع المائة يصير ذلك سبعة أثمان العبد ففيه بسبعة أثمان الدية.

فصل: مريض أعتق عبداً لا مال له سواه قيمته مائة فقطع أصبع سيده خطأ فإنه يعتق نصفه وعليه نصف قيمته ويصير للسيد نصفه ونصف قيمته وذلك مثلا ما عتق منه، وأوجبنا نصف قيمته عليه لأن عليه من أرش جنايته بقدر ما عتق منه. وحسابها أن تقول: عتق منه شيء وعليه شيء للسيد فصار مع السيد عبد إلا شيئاً وشيء يعدل شيئين فأسقط شيئاً بشيء بقي ما معه من العبد يعدل شيئاً مثل ما عتق منه ولو كانت قيمة العبد مائتين عتق خمساه لأنه يعتق منه شيء وعليه نصف شيء للسيد فصار للسيد نصف الشيء وبقية العبد يعدل شيئين فيكون بقية العبد يعدل شيئاً ونصفاً وهو ثلاثة أخماسه والشيء الذي عتق خمساه. وإن كانت قيمته خمسين أو أقل عتق كله لأنه يلزمه مائة وهي مثلاه أو أكثر وإن كانت قيمته ستين قلنا: عتق منه شيء وعليه شيء وثلثا شيء للسيد مع بقية العبد يعدل شيئين فبقية العبد إذاً ثلث شيء فيعتق منه ثلاثة أرباعه، وعلى هذا القياس إلا أن ما زاد في العتق على الثلث ينبغي أن يقف على أداء ما يقابله من القيمة كما إذا دبر عبداً وله دين في ذمة غريم له فكلما اقتضى من القيمة شيئاً عتق من الموقوف بقدر ثلثه.

فصل: فإن أعتق عبدين دفعة واحدة قيمة أحدهما مائة والآخر مائة وخمسون فجنى الأدنى على الأرفع جناية نقصته ثلث قيمته وأرشها كذلك في حياة سيدهما ثم مات أقرعنا بين العبدين فإن وقعت على الجاني عتق منه أربعة أخماسه وعليه أربعة أخماس أرش جنايته وبقي لورثة سيده خمسه وأرش جنايته والعبد الآخر وذلك مائة وستون وهو مثلا ما عتق منه. وحسابها أن تقول: عبد عتق منه شيء وعليه نصف شيء لأن جنايته بقدر نصف قيمته بقي للسيد نصف شيء وبقية العبدين تعدل شيئين فعلمت أن بقية العبدين شيء ونصف فإذا أضفت إلى ذلك الشيء الذي عتق صارا جميعاً يعدلان شيئين ونصفاً فالشيء الكامل خمساهما وذلك أربعة أخماس أحدهما وإن وقعت قرعة الحرية على المجني عليه عتق ثلثه وله ثلث أرش جنايته يتعلق برقبة الجاني وذلك تسع الدية لأن الجناية على من ثلثه حر تضمن بقدر ما فيه من الحرية والرق والواجب له من الأرش يستغرق قيمة الجاني فيستحقه بها ولا يبقى لسيده مال سواه فيعتق ثلثه ويرق ثلثاه، وإن أعتق عبدين قيمة أحدهما خمسون وقيمة الآخر ثلاثون فجنى الأدنى على الأرفع فنقصه حتى صارت قيمته أربعين أقرعنا بينهما فإن خرجت القرعة للأدنى عتق منه شيء وعليه ثلث شيء فبعد الجبر تبين أن العبدين شيئان وثلثان فالشيء ثلاثة أثمانها وقيمتهما سبعون فثلاثة أثمانها سبعة وعشرون وربع[1] وهي من الأدنى نصفه وخمساه ونصف سدس عشره، وإن وقعت على الآخر عتق ثلثه وحقه من الجناية أكثر من قيمة الجاني فيأخذه بها أو يفديه المعتق. وقد بقيت فروع كثيرة وفيما ذكرنا ما يستدل به على غيره إن شاء الله تعالى وكل موضع زاد العتق على ثلث العبدين من أجل وجوب الأرش للسيد تكون الزيادة موقوفة على أداء الأرش كما ذكرنا من قبل والله أعلم.

مسألة: قال: (ومن جاوز العشر سنين فوصيته جائزة إذا وافق الحق).

هذا المنصوص عن أحمد فإنه قال في رواية صالح وحنبل: تجوز وصيته إذا بلغ عشر سنين قال أبو بكر: لا يختلف المذهب أن من له عشر سنين تصح وصيته ومن له دون السبع لا تصح وصيته وما بين السبع والعشر على روايتين. وقال ابن أبي موسى: لا تصح وصية الغلام لدون العشر ولا الجارية قولاً واحداً وما زاد على العشر فتصح على المنصوص، وفيه وجه آخر لا تصح حتى يبلغ، وقال القاضي وأبو الخطاب: تصح وصية الصبي إذا عقل، وروي عن عمر رضي الله عنه: أنه أجاز وصية الصبي وهو قول عمر بن عبد العزيز وشريح وعطاء والزهري وإياس وعبد الله بن عتبة والشعبي والنخعي ومالك وإسحاق، قال إسحاق: إذا بلغ اثنتي عشرة وحكاه ابن المنذر عن أحمد وعن ابن عباس: لا تصح وصيته حتى يبلغ وبه قال الحسن ومجاهد

---

(١) صوابه ستة وعشرون وربع وهي من الأدنى نصفه وربعه وثمنه.

وأصحاب الرأي وللشافعي قولان كالمذهبين. واحتجوا بأنه تبرع بالمال فلا يصح من الصبي كالهبة والعتق ولأنه لا يقبل إقراره فلا تصح وصيته كالطفل.

ولنا: ما روي أن صبياً من غسان له عشر سنين أوصى لأخوال له فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فأجاز وصيته رواه سعيد، وروى مالك في موطئه عن عبد الله بن أبي بكر عن أبيه أن عمرو بن سليم أخبره أنه قيل لعمر بن الخطاب: إن هاهنا غلاماً يفاعاً لم يحتلم وورثته بالشام وهو ذو مال وليس له هاهنا إلا ابنة عم له فقال عمر: فليوص لها فأوصى لها بمال يقال له: بئر جشم. قال عمرو بن سليم: فبعت ذلك المال بثلاثين ألفاً، وابنة عمه التي أوصى لها هي أم عمرو بن سليم. قال أبو بكر: وكان الغلام ابن عشرة أو اثنتي عشرة سنة وهذه قصة انتشرت فلم تنكر ولأنه تصرف تمحض نفعاً للصبي فصح منه كالإسلام والصلاة وذلك لأن الوصية صدقة يحصل ثوابها له بعد غناه عن ملكه وماله فلا يلحقه ضرر في عاجل دنياه ولا أخراه بخلاف الهبة والعتق المنجز فإنه يفوت من ماله ما يحتاج إليه وإذا ردت رجعت إليه وهاهنا لا يرجع إليه بالرد والطفل لا عقل له ولا يصح إسلامه ولا عباداته، وقوله: «إذا وافق الحق» يعني إذا وصى بوصية يصح مثلها من البائع صحت منه وإلا فلا، قال شريح وعبد الله بن عتبة، وهما قاضيان: من أصاب الحق أجزنا وصيته.

فصل: فأما الطفل وهو من له دون السبع والمجنون والمبرسم فلا وصية لهم وهذا قول أكثر أهل العلم منهم حميد بن عبد الرحمٰن ومالك والأوزاعي والشافعي رضي الله عنهم وأصحاب الرأي ومن تبعهم. ولا نعلم أحداً خالفهم إلا إياس بن معاوية قال في الصبي والمجنون: إلا إذا وافقت وصيتهم الحق جازت وليس بصحيح فإنه لا حكم لكلامهما ولا تصح عبادتهما ولا شيء من تصرفاتهما فكذا الوصية بل أولى فإنه إذا لم يصح إسلامه وصلاته التي هي محض نفع لا ضرر فيها فلأن لا يصح بذله المال يتضرر به وارثه أولى، ولأنها تصرف يفتقر إلى إيجاب وقبول فلا يصح منهما كالبيع والهبة.

فصل: فأما المحجور عليه لسفه فإن وصيته تصح في قياس قول أحمد. قال الخبري: وهو قول الأكثرين، وقال أبو الخطاب في وصيته وجهان:

ولنا: إنه عاقل تصح وصيته كالصبي العاقل ولأن وصيته تمحضت نفعاً له من غير ضرر فصحت كعباداته، وأما الذي يجن أحياناً ويفيق أحياناً فإن وصى حال جنونه لم تصح، وإن وصى في حال عقله صحت وصيته لأنه بمنزلة العقلاء في شهادته ووجوب العبادة عليه، فكذلك في وصيته وتصرفاته. ولا تصح وصية السكران؟ وقال أبو بكر: فيه قولان يعني وجهين.

ولنا: إنه ليس بعاقل فلا تصح وصيته كالمجنون، وأما إيقاع طلاقه فإنما أوقعه من أوقعه تغليظاً عليه لارتكابه المعصية فلا يتعدى هذا إلى وصيته فإنه لا ضرر عليه فيهـا إنما الضرر على وارثه، وأما الضعيف في عقله فإن منع ذلك رشده في ماله فهو كالسفيه وإلا فهو كالعاقل.

فصل: وتصح وصية الأخرس إذا فهمت إشارته لأنها أقيمت مقام نطقه في طلاقه ولعانه وغيرهما فإن لم تفهم إشارته فلا حكم لها وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وغيرهما، فأما الناطق إذا اعتقل لسانه فعرضت عليه وصيته فأشار بها وفهمت إشارته لم تصح وصيته ذكره القاضي وابن عقيل وبه قال الثوري والأوزاعي وأبو حنيفة، وقال الشافعي وابن المنذر: تصح وصيته لأنه غير قادر على الكلام أشبه الأخرس واحتج ابن المنذر بأن رسول الله ﷺ صلى وهو قاعد فأشار إليهم فقعدوا، رواه البخاري وخرجه ابن عقيل وجهاً إذا اتصل باعتقال لسانه الموت.

ولنا: إنه غير مأيوس من نطقه فلم تصح وصيته بإشارته كالقادر على الكلام والخبر لا يلزم فإن النبيّ ﷺ كان قادراً على الكلام ولا خلاف في أن إشارة القادر لا تصح بها وصية ولا إقرار ففارق الأخرس لأنه مأيوس من نطقه.

فصل: وإن وصى عبد أو مكاتب أو مدبر أو أم ولد وصية ثم ماتوا على الرق فلا وصية لهم لأنه لا مال لهم، وإن أعتقوهم ثم ماتوا ولم يغيروا وصيتهم صحت لأن لهم قولاً صحيحاً وأهلية تامّة وإنما فارقوا الحر بأنهم لا مال لهم والوصية تصح مع عدم المال كما لو وصى الفقير الذي لا شيء له ثم استغنى وإن قال أحدهم: متى عتقت ثم مت فثلثي لفلان وصية فعتق ومات صحت وصيته وبه قال أبو يوسف ومحمد وأبو ثور ولا أعلم عن غيرهم خلافهم.

فصل: وتصح وصية المسلم للذمي والذمي للمسلم والذمي للذمي، روي إجازة المسلم للذمي عن شريح والشعبي والثوري والشافعي رضي الله عنهم وإسحاق وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم. وقال محمد بن الحنفية وعطاء وقتادة في قوله تعالى: ﴿**إِلَّا أَنْ تَفْعَلُوا إِلَى أَوْلِيَائِكُمْ مَعْرُوفاً**﴾ [الأحزاب: ٦] هو وصية المسلم لليهودي والنصراني وقال سعيد: حدثنا سفيان عن أيوب عن عكرمة أن صفية بنت حيي باعت حجرتها من معاوية بمائة ألف وكان لها أخ يهودي فعرضت عليه أن يسلم فيرث فأبى فأوصت له بثلث المائة ألف. ولأنه تصح له الهبة فصحت الوصية له كالمسلم وأنها صحت وصية المسلم للذمي فوصية الذمي للمسلم والذمي للذمي أولى ولا تصح إلا بما تصح به وصية المسلم للمسلم ولو أوصى لوارثه أو لأجنبي بأكثر من ثلثه وقف على إجازة الورثة كالمسلم سواء.

فصل: وتصح الوصية للحربي في دار الحرب نص عليه أحمد وهو قول مالك وأكثر أصحاب الشافعي رضي الله عنه. وقال بعضهم: لا تصح وهو قول أبي حنيفة لأن الله تعالى قال: ﴿**لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ**

﴿وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ﴾ إلى قوله: ﴿إِنَّمَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ﴾ [الممتحنة: ٨، ٩] فيدل ذلك على أن من قاتلنا لا يحل بره.

ولنا: إنه تصح هبته فصحت الوصية له كالذمي، وقد روي أن النبيّ ﷺ أعطى عمر حلة من حرير فقال: يا رسول الله كسوتنيها وقد قلت في حلة عطارد ما قلت فقال: «إني لم أعطكها لتلبسها» فكساها عمر أخاً مشركاً له بمكة. وعن أسماء بنت أبي بكر قالت: أتتني أمي وهي راغبة ـ تعني الإسلام ـ فسألت رسول الله ﷺ فقلت: يا رسول الله أتتني أمي وهي راغبة أفأصلها؟ قال: «نعم» وهذان فيهما صلة أهل الحرب وبرهم والآية حجة لنا فيمن لم يقاتل فأما المقاتل فإنه نهى عن توليه لا عن بره والوصية له، وإن احتج بالمفهوم فهو لا يراه حجة. ثم قد حصل الإجماع على جواز الهبة والوصية في معناها، فأما المرتد فقال أبو الخطاب: تصح الوصية له كما تصح هبته. وقال ابن أبي موسى: لا تصح لأن ملكه غير مستقر ولا يرث ولا يورث فهو كالميت ولأن ملكه يزول عن ماله بردته في قول أبي بكر وجماعة فلا يثبت له الملك بالوصية.

فصل: ولا تصح الوصية لكافر بمصحف ولا عبد مسلم لأنه لا يجوز هبتها له ولا بيعها منه. وإن أوصى له بعبد كافر فأسلم قبل موت الموصي بطلت الوصية وإن أسلم بعد الموت وقبل القبول بطلت عند من يرى أن الملك لا يثبت إلا بالقبول لأنه لا يجوز أن يبتدىء الملك على مسلم، ومن قال: يثبت الملك بالموت قبل القبول قال: الوصية صحيحة لأننا نتبين أن الملك يثبت بالموت لأنه أسلم بعد أن ملكه ويحتمل أن لا يصح أيضاً لأنه يأتي بسبب لولاه لم يثبت الملك فمنع منه كابتداء الملك.

فصل: ولا تصح الوصية بمعصية وفعل محرم مسلماً كان الموصي أو ذمياً فلو وصى ببناء كنيسة أو بيت نار أو عمارتها أو الإنفاق عليها كان باطلاً. وبهذا قال الشافعي رضي الله عنه وأبو ثور. وقال أصحاب الرأي: يصح. فأجاز أبو حنيفة الوصية بأرضه تبنى كنيسة وخالفه صاحباه، وأجاز أصحاب الرأي أن يوصي بشراء خمر أو خنازير ويتصدق بها على أهل الذمة. وهذه وصايا باطلة وأفعال محرمة لأنها معصية فلم تصح الوصية بها، كما لو وصى بعبده أو أمته للفجور، وإن وصى لكتب التوراة والإنجيل لم تصح لأنها كتب منسوخة وفيها تبديل والاشتغال بها غير جائز وقد غضب النبيّ ﷺ حين رأى مع عمر شيئاً مكتوباً من التوراة. وذكر القاضي: أنه لو أوصى لحصر البيع وقناديلها وما شاكل ذلك ولم يقصد إعظامها بذلك صحت الوصية لأن الوصية لأهل الذمة. فإن النفع يعود إليهم والوصية لهم صحيحة، والصحيح أن هذا مما لا تصح الوصية به لأن ذلك إنما هو إعانة لهم على معصيتهم وتعظيم لكنائسهم[1]. ونقل عن

(١) ومن هذه الوصية بناء القباب والمساجد على القبور والوقف لها. فإنه قد صح أن النبيّ صلى الله عليه وسلم لعن الذين يبنون المساجد على القبور، وجعله من عمل اليهود والنصارى، محمد حامد الفقي.

أحمد كلام يدل لصحة الوصية من الذمي بخدمة الكنيسة. والأول أولى وأصح، وإن وصى ببناء بيت يسكنه المجتازون من أهل الذمة وأهل الحرب صح لأن بناء مساكنهم ليس بمعصية.

مسألة: قال: (ومن أوصى لأهل قرية لم يعط من فيها من الكفار إلا أن يذكرهم).

يعني به المسلم إذا أوصى لأهل قريته أو لقرابته بلفظ عام يدخل فيه مسلمون وكفار فهي للمسلمين خاصة ولا شيء للكفار. وقال الشافعي رضي الله عنه: يدخل فيه الكفار لأن اللفظ يتناولهم بعمومه، ولأن الكافر لو أوصى لأهل قريته أو قرابته دخل فيه المسلم والكافر فكذلك المسلم.

ولنا: إن الله تعالى قال: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١] فلم يدخل فيه الكفار إذا كان الميت مسلماً، وإذا لم يدخلوا في وصية الله تعالى مع عموم اللفظ فكذلك في وصية المسلم، ولأن ظاهر حاله أنه لا يريد الكفار لما بينه وبينهم من عداوة الدين وعدم الوصلة المانع من الميراث ووجوب النفقة على فقيرهم، ولذلك خرجوا من عموم اللفظ في الأولادوالإخوةوالأزواج وسائر الألفاظ العامة في الميراث فكذا هاهنا، لأن الوصية أجريت مجرى الميراث، وإن صرح بهم دخلوا في الوصية لأن صريح المقال لا يعارض بقرينة الحال، وإن وصى لهم أهل القرية كلهم كفار أو أوصى لقرابته وكلهم كفار دخلوا في الوصية لأنه لا يمكن تخصيصهم إذ في إخراجهم رفع اللفظ بالكلية، وإن كان فيها مسلم واحد والباقي كفار دخلوا في الوصية لأن إخراجهم بالتخصيص هاهنا بعيد وفيه مخالفة الظاهر من وجهين. **أحدهما**: مخالفة لفظ العموم. **والثاني**: حمل اللفظ الدال على الجمع على المفردة، وإن كان أكثر أهلها كفاراً فظاهر كلام الخرقي أنه للمسلمين لأنه أمكن حمل اللفظ عليهم وصرفه إليهم والتخصيص يصح وإن كان بإخراج الأكثر. ويحتمل أن يدخل الكفار في الوصية لأن التخصيص في مثل هذا بعيد فإن تخصيص الصورة النادرة قريب وتخصيص الأكثر بعيد يحتاج فيه إلى دليل قوي. والحكم في سائر ألفاظ العموم مثل أن يوصي لإخوته أو عمومته أو بني عمه أو لليتامى أو للمساكين كالحكم فيما إذا أوصى لأهل قريته فأما إن أوصى بذلك كافر فإن وصيته تتناول أهل دينه لأن لفظه يتناولهم وقرينة حاله إرادتهم. فأشبه وصية المسلم التي يدخل فيها أهل دينه وهل يدخل في وصيته المسلمون؟ نظرنا فإن وجدت قرينة دالة على دخولهم مثل أن لا يكون في القرية إلا مسلمون دخلوا في الوصية وكذلك إن لم يكن فيها إلا كافر واحد وسائر أهلها مسلمون وإن انتفت القرائن ففي دخولهم وجهان:

أحدهما: لا يدخلون كما لم يدخل الكفار في وصية المسلم.

والثاني: يدخلون لأن عموم اللفظ يتناولهم وهم أحق بوصيته من غيرهم فلا يصرف اللفظ عن مقتضاه ومن هو أحق بحكمه إلى غيره وإن كان في القرية كافر من غير أهل دين

الموصي لم يدخل في وصيته لأن قرينة حال الموصي تخرجه ولم يوجد فيه ما وجد في المسلم من الأولوية فبقي خارجاً بحاله، ويحتمل أن لا يخرج بناء على توريث الكفار بعضهم من بعض على اختلاف دينهم.

مسألة: قال: (ومن أوصى بكل ماله ولا عصبة له ولا مولى له فجائز. وقد روي عن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى: لا يجوز إلا الثلث).

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيمن لم يخلف من وراثة عصبة ولا ذا فرض فروي عنه أن وصيته جائزة بكل ماله ثبت هذا عن ابن مسعود وبه قال عبيدة السلماني ومسروق وإسحاق وأهل العراق والرواية الأخرى: لا يجوز إلا الثلث وبه قال مالك والأوزاعي وابن شبرمة والشافعي والعنبري لأن له من يعقل عنه فلم تنفذ وصيته في أكثر من ثلثه كما لو ترك وارثاً.

ولنا: إن المنع من الزيادة على الثلث إنما كان لتعلق حق الورثة بدليل قول النبيّ ﷺ: «إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس» وهاهنا لا وارث له يتعلق حق بماله. فأشبه حال الصحة ولأنه لم يتعلق بماله حق وارث ولا غريم أشبه حال الصحة أو أشبه الثلث.

فصل: وإن خلف ذا فرض لا يرث المال كله كبنت أو أم لم يكن له الوصية بأكثر من الثلث لأن سعداً قال للنبي ﷺ: لا يرثني إلا ابنتي. فمنعه النبيّ ﷺ من الزيادة على الثلث ولأنها تستحق جميع المال بالفرض فأشبهت العصبة، وإن كان لها زوج أو للرجل امرأة فكذلك لأن الوصية تنقص حقه لأنه إنما يستحق فرضه بعد الوصية لقوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١١] فأما ذو الأرحام فظاهر كلام الخرقي أنه لا يمنع الوصية بجميع المال لقوله: «ولا عصبة له ولا مولى له» وذلك لأن ذا الرحم إرثه كالفضلة والصلة ولذلك لا يصرف إليه شيء إلا عند عدم الرد والمولى لا تجب نفقته. ويحتمل أن لا تنفذ وصيته بأكثر من ثلثه لأن له وارثاً فيدخل في معنى قوله عليه السلام: «إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس» ولأنهم ورثة يستحقون ماله بعد موته وصلته لهم في حياته. فأشبهوا ذوي الفروض والعصبات وتقديم غيرهم عليهم لا يمنع مساواتهم لهم في مسألتنا كذوي الفروض الذين يحجب بعضهم بعضاً والعصبات.

فصل: فإن خلف ذا فرض لا يرث المال كله وقال: أوصيت لفلان بثلثي على أنه لا ينقص ذا الفرض شيئاً من فرضه أو خلف امرأة وقال: أوصيت لك بما فضل من المال عن فرضها صح في المسألة الأولى لأن ذا الفرض يرث المال كله لولا الوصية فلا فرق في الوصية بين أن يجعلها من رأس المال أو من الزائد على الفرض وأما المسألة الثانية، فتنبني على الوصية

بجميع المال فإن قلنا: تصح ثم صحت هاهنا لأن الباقي عن فرض الزوجة مال لا وارث له فصحت الوصية به كما لو لم تكن زوجة وإن قلنا: لا تصح ثم فهاهنا مثله لأن بيت المال جعل كوارث فصار كأنه ذو ورثة يستغرقون المال إذا عين الوصية من نصيب العصبة منهم فعلى هذا يعطى الموصى له الثلث من رأس المال ويسقط تخصيصه.

مسألة: قال: (ومن أوصى لعبده بثلث ماله فإن كان العبد يخرج من الثلث عتق وما فضل من الثلث بعد عتقه فهو له، وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث إلا أن يجيز الورثة).

وجملة ذلك: أنه إذا أوصى لعبده بجزء شائع من ماله كثلث أو ربع أو سدس صحت الوصية فإن خرج العبد من الوصية عتق واستحق باقيها وإن لم يخرج عتق منه بقدر الوصية وبهذا قال الحسن وابن سيرين وأبو حنيفة إلا أنهم قالوا: إن لم يخرج من الثلث سعى في قيمة باقيه. وقال الشافعي رضي الله عنه: الوصية باطلة إلا أن يوصي بعتقه لأنه أوصى بمال يصير للورثة فلم يصح كما لو أوصى له بمعين.

ولنا: إن الجزء الشائع يتناول نفسه أو بعضه لأنه من جملة الثلث الشائع والوصية له بنفسه تصح ويعتق وما فضل يستحقه لأنه يصير حراً فيملك الوصية فيصير كأنه قال: اعتقوا عبدي من ثلثي وأعطوه فأفضل منه، وفارق ما إذا أوصى بمعين لأنه لا يتناول شيئاً منه.

فصل: فإن أوصى له بمعين من ماله كثوب أو دار أو بمائة درهم فالوصية باطلة في قول الأكثرين وبه يقول الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي، وذكر ابن أبي موسى رواية أخرى عن أحمد أنها تصح وهو قول مالك وأبي ثور. وقال الحسن وابن سيرين: إن شاء الورثة أجازوا وإن شاؤوا ردوا.

ولنا: إن العبد يصير ملكاً للورثة فما وصى به له فهو لهم فكأنه أوصى لورثته بما يرثونه فلا فائدة فيه وفارق ما إذا أوصى له بمشاع لما ذكرناه.

فصل: وإن أوصى له برقبته فهو تدبير يعتق إن حمله الثلث. وبهذا قال مالك وأصحاب الرأي وقال أبو ثور: الوصية باطلة لأنه لا يملك رقبته.

ولنا: إنه أوصى له بمن لا يملكه على الدوام فصح كما لو وصى بأبيه ولأن معنى الوصية له برقبته عتقه لعلمه بأنه لا يملك رقبته فصارت الوصية به كناية عن إعتاقه بعد موته، وإن أوصى له ببعض رقبته فهو تدبير لذلك الجزء وهل يعتقه جميعه إذا حمله الثلث؟ على روايتين ذكرهما الخرقي فيما إذا دبر بعض عبده وهو مالك لكله وقال أصحاب الرأي: يسعى في قيمة باقية وهذا شيء يأتي في باب العتق إن شاء الله تعالى.

فصل: وإن أوصى لمكاتبه أو مكاتب وارثه أو مكاتب أجنبي صح سواء أوصى له بجزء شائع أو معين لأن ورثته لا يستحقون المكاتب ولا يملكون ماله وإن أوصى لأم ولده صحت الوصية لأنها حرة حين لزوم الوصية، وقد روي عن عمر رضي الله عنه: أنه أوصى لأمهات أولاده بأربعة آلاف أربعة آلاف. رواه سعيد. وروي ذلك عن عمران بن الحصين وبه قال ميمون بن مهران والزهري ويحيى الأنصاري ومالك والشافعي وإسحاق وإن وصى لمدبره صح لأنه يصير حراً حين لزوم الوصية فصحت الوصية له كأم الولد، وإن لم يخرج من الثلث هو والوصية جميعاً قدم عتقه على الوصية لأنه أنفع، وقال القاضي: يعتق بعضه ويملك من الوصية بقدر ما عتق منه.

ولنا: إنه وصى لعبده وصية صحيحة فيقدم عتقه على ما يحصل له من المال كما لو وصى لعبده القن بمشاع من ماله.

فصل: وإن أوصى لعبد غيره صح وتكون الوصية والقبول في ذلك إلى العبد لأن العقد مضاف إليه. فأشبه ما لو وهبه شيئاً فإذا قبل ثبت لسيده لأنه من كسب عبده وكسب العبد لسيده ولا تفتقر في القبول إلى إذن السيد لأنه كسب فصح من غير إذن سيده كالاحتطاب، وهذا قول أهل العراق والشافعي، ولأصحابه وجه أن القبول يفتقر إلى إذن السيد لأنه تصرف من العبد. فأشبه بيعه وشراءه.

ولنا: إنه تحصيل مال بغير عوض فلم يفتقر إلى إذنه كقبول الهبة وتحصيل المباح، وإن وصى لعبد وارثه فهي كالوصية لوارثه يقف على إجازة الورثة. وبه قال الشافعي وأبو حنيفة، وقال مالك: إن كان يسيراً جاز لأن العبد يملك وإنما لسيده أخذه من يده، فإذا وصى له بشيء يسير علم أنه قصد بذلك العبد دون سيده.

ولنا: إنها وصية لعبد وارثه فأشبهت الوصية بالكثير وما ذكروه من ملك العبد ممنوع ولا اعتبار به، فإنه مع هذا القصد يستحق سيده أخذه فهو كالكثير.

فصل: وإذ أوصى بعتق أمته على أن لا تتزوج ثم مات فقالت: لا أتزوج عتقت فإن تزوجت بعد ذلك لم يبطل عتقها. وهذا مذهب الأوزاعي والليث وأبي ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي، وذلك لأن العتق إذا وقع لا يمكن رفعه وإن أوصى لأم ولده بألف على أن لا تتزوج أو على أن تثبت مع ولده ففعلت وأخذت الألف ثم تزوجت وتركت ولده ففيها وجهان:

أحدهما: تبطل وصيتها لأنه فات الشرط ففاتت الوصية، وفارق العتق فإنه لا يمكن رفعه.

والثاني: لا تبطل وصيتها وهو قول أصحاب الرأي لأن وصيتها صحت فلم تبطل بمخالفة ما شرط عليها كالأولى.

فصل: واختلف أصحابنا في الوصية للقاتل على ثلاثة أوجه فقال ابن حامد: تجوز الوصية له، واحتج بقول أحمد فيمن جرح رجلاً خطأ فعفا المجروح فقال أحمد: يعتبر من ثلثه. قال: وهذه وصية لقاتل وهذا قول مالك وأبي ثور وابن المنذر وأظهر قولي الشافعي رضي الله عنه لأن الهبة له تصح فصحت الوصية له كالذمي وقال أبو بكر: لا تصح الوصية له. فإن أحمد قد نص على أن المدبر إذا قتل سيده بطل تدبيره والتدبير وصية. وهذا قول الثوري وأصحاب الرأي لأن القتل يمنع الميراث الذي هو آكد من الوصية، فالوصية أولى ولأن الوصية أجريت مجرى الميراث فيمنعها ما يمنعه.

وقال أبو الخطاب: إن وصى له بعد جرحه صح وإن وصى له قبله ثم طرأ القتل على الوصية أبطلها جمعاً بين نصي أحمد في الموضعين وهو قول الحسن بن صالح وهذا قول حسن لأن الوصية بعد الجرح صدرت من أهلها في محلها ولم يطرأ عليها ما يبطلها بخلاف ما إذا تقدمت فإن القتل طرأ عليها فأبطلها لأنه يبطل ما هو آكد منها، ويحققه أن القتل إنما منع الميراث لكونه بالقتل استعجل الميراث الذي انعقد سببه فعورض بنقيض قصده وهو منع الميراث دفعاً لمفسدة قتل الموروثين ولذلك بطل التدبير بالقتل الطارىء عليه أيضاً، وهذا المعنى متحقق في القتل الطارىء على الوصية فإنه ربما استعجلها بقتله. وفارق القتل قبل الوصية فإنه لم يقصد به استعجال مال لعدم انعقاد سببه والموصي راض بالوصية له بعد صدور ما صدر منه في حقه ولا فرق بين العمد والخطأ في هذا كما لا يفترق الحال بذلك في الميراث وعلى هذا متى دبر عبده بعد جرحه إياه صح تدبيره.

مسألة: قال: (وإذا قال: أحد عبدي حر أقرع بينهما فمن تقع عليه القرعة فهو حر إذا خرج من الثلث).

وجملة ذلك: إنه إذا أعتق عبداً غير معين فإنه يقرع بينهما فيخرج الحر بالقرعة وقال أبو حنيفة والشافعي رضي الله عنه له تعيين أحدهما بغير قرعة لأنه عتق مستحق في غير معين فكان التعيين إلى المعتق كالعتق في الكفارة وكما لو قال لورثته: أعتقوا عني عبداً.

ولنا: أنه عتق استحقه واحد من جماعة معينين فكان إخراجه بالقرعة كما لو أعتقهما فلم يخرج من ثلثه إلا أحدهما ودليل الحكم في الأصل حديث عمران بن حصين، فأما العتق في الكفارة فإنه لم يستحقه أحد إنما استحق على المكفر التكفير، وأما إذا قال: أعتقوا عني عبداً فإن لم يضفه إلى عبيده ولا إلى جماعة سواهم فهو كالمعتق في الكفارة وإن قال: أعتقوا أحد عبيدي احتمل أن نقول بإخراجه بالقرعة كمسألتنا، واحتمل أن يرجع فيه إلى اختيار الورثة. وأصل الوجهين ما لو وصى لرجل بعبد من عبيده هل يعطى أحدهم بالقرعة أو يرجع إلى اختيار الورثة وسيأتي الكلام عليها، والفرق بين مسألتنا وبين هذه المسألة على هذا الوجه أنه جعل الأمر إلى

الورثة حيث أمرهم بالإعتاق فكانت الخيرة إليهم وفي مسألتنا لم يجعل لهم من الأمر شيئاً فلا يكون لهم خيرة.

فصل: ونقل صالح عن أبيه فيمن له غلامان اسمهما واحد فقال: فلان حر بعد موتي وله مائتا درهم ولم يعينه يقرع بينهما فيعتق من خرجت له القرعة وليس له من المائتين شيء. ووجه ذلك ـ والله أعلم ـ أن الوصية بالمائتين وقعت لغير معين ولا تصح الوصية إلا المعين، وقال القاضي: يجب أن تصح هذه الوصية لأنها مستحقها حر في حال استحقاقها ونقل عن أحمد فيمن قال: أعتقوا رقبة عني فلا يعتق عنه إلا مسلم. وذلك لأن المطلق في كلام الآدمي يحمل على المطلق من كلام الله تعالى ولما أمر الله تعالى بتحرير رقبة لم يتناول إلا المسلم فكذلك الآدمي.

مسألة: قال: (وإذا أوصى أن يشترى عبد زيد بخمسمائة فيعتق فلم يبعه سيده فالخمسمائة للورثة وإن اشتروه بأقل فما فضل فهو للورثة).

أما إذا تعذر شراؤه إما لامتناع سيده من بيعه أو من بيعه بالخمسمائة وإما لموته أو لعجز الثلث عن ثمنه فالثمن للورثة لأن الوصية بطلت لتعذر العمل بها فأشبه ما لو وصى لرجل فمات قبل موت الموصي أو بعده ولم يدع وارثاً. ولا يلزمهم شراء عبد آخر لأن الوصية لمعين فلا تصرف إلى غيره، وأما إن اشتروه بأقل فالباقي للورثة، وقال الثوري يدفع جميع الثمن إلى سيد العبد لأنه قصد إرفاقه بالثمن محاباته ومحاباته به. فأشبه ما لو قال: بيعوه عبدي بخمسمائة وقيمته أكثر منها وكما لو أوصى أن يحج عنه فلان حجة بخمسمائة. وقال إسحاق: يجعل بقية الثمن في العتق كما لو أوصى أن يحج عنه بخمسمائة رد ما فضل في الحج.

ولنا: إنه أمر بشرائه بخمسمائة فكان ما فضل من الثمن راجعاً إليه كما لو وكل في شرائه في حياته وفارق ما إذا أوصى أن يحج عنه رجل بخمسمائة لأن القصد ثم إرفاق الذي يحج بالفضلة وفي مسألتنا المقصود العتق. ويفارق ما إذا أوصى أن يحج عنه بخمسمائة لغير معين لأن الوصية ثم للحج مطلقاً فصرف جميعها فيه وهاهنا لمعين فلا تتعداه، وقوله: إنه قصد إرفاق زيد بالثمن ومحاباته به فنقول: الصحيح أنه إن كانت ثم قرينة تدل على ذلك إما لكون البائع صديقاً له أو ذا حاجة أو من أهل الفضل الذين يقصدون بهذا أو عين هذا الثمن وهو يعلم حصول العبد بدونه لقلة قيمته فإنه يدفع جميع الثمن إلى زيد كما لو صرح بذلك فقال: وادفعوا إليه جميعها وإن بذله بدونها وإن انعدمت هذه القرائن فالظاهر أنه إنما قصد العتق وقد حصل فكان الفاضل عائداً إليه كما لو أمره بالشراء في حياته.

فصل: وإن وصى أن يشتري عبد بألف فيعتق عنه فلم يخرج من ثلثه اشترى عبد بما يخرج من الثلث وبه قال الشافعي رضي الله عنه، وقال أبو حنيفة: تبطل الوصية لأنه أمر بشراء عبد بألف فلا يجوز للمأمور الشراء بدونه كالوكيل.

ولنا: إنها وصية يجب تنفيذها إذا احتملها الثلث فإذا لم يحتملها وجب تنفيذها فيما حمله كما لو وصى بعتق عبده يحمله الثلث وفارق الوكالة فإنه لو وكله في إعتاق عبد لم يملك إعتاق بعضه ولو أوصى بإعتاق عبد لأعتق منه ما يحتمله الثلث فأما إن حمله الثلث فاشتراه وأعتقه ثم ظهر على الميت دين يستغرق المال، فالوصية باطلة ويرد العبد إلى الرق إن كان اشتراه بعين المال لأننا تبينا أن الشراء باطل بكونه اشترى بمال مستحق للغرماء بغير إذنهم، وإن كان الشراء في الذمة صح الشراء ونفذ العتق وعلى المشتري غرامة ثمنه ولا يرجع به على أحد لأن البائع ما غره إنما غره الموصي، ولا تركة له فيرجع عليها وهذا مذهب الشافعي ويحتمل أن يشارك الغرماء في التركة ويضرب معهم بقدر دينه لأن الدين لزمه بتغرير الموصي فيرجع به عليه فإذا كان ميتاً لزمه في تركته كأرش جنايته.

فصل: وإن وصى بشراء عبد وأطلق أو وصى ببيع عبده وأطلق فالوصية باطلة لأن الوصية لا بد لها من مستحق ولا مستحق هاهنا، وإن وصى ببيعه بشرط العتق، صحت الوصية وبيع كذلك لأن في البيع هاهنا نفعاً للعبد بالعتق، فإن لم يوجد من يشتريه كذلك بطلت الوصية لتعذرها كما لو وصى بشراء عبد ليعتق فلم يبعه سيده، وإن وصى ببيعه لرجل بعينه بثمن معلوم بيع به لأنه قد قصد إرفاقه بذلك في الغالب وإن لم يسم ثمناً بيع بقيمته وتصح الوصية لكونه قصد إيصال العبد بعينه إلى رجل بعينه فيحتمل أن يتعلق الغرض بإرفاق العبد بإيصاله إلى من هو معروف بحسن الملكة وإعتاق الرقاب، ويحتمل أن يريد إرفاق المشتري لمعنى يحصل له من العبد، فإن تعذر بيعه لذلك الرجل أو أبى أن يشتريه بالثمن أو بقيمته إن لم يعين الثمن بطلت الوصية لما ذكرنا.

مسألة: قال: (وإذا أوصى لرجل بعبد لا يملك غيره وقيمته مائة ولآخر بثلث ماله وملكه غير العبد مائتا درهم فأجاز الورثة ذلك فلمن أوصى له بالثلث ثلث المائتين وربع العبد ولمن أوصى له بالعبد ثلاثة أرباعه، وإن لم يجز الورثة ذلك فلمن أوصى له بالثلث سدس المائتين وسدس العبد لأن وصيته في الجميع ولمن أوصى له بالعبد نصفه لأن وصيته في العبد).

وجملته: أنه إذا أوصى لرجل بمعين من ماله ولآخر بجزء مشاع منه كثلث المال وربعه فأجيز لهما انفرد صاحب المشاع بوصيته من غير المعين ثم شارك صاحب المعين فيه فيقتسمانه بينهما على قدر حقيهما فيه ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر ماله في الوصية كمسائل

العول وكما لو أوصى لرجل بماله ولآخر بجزء منه فأما في حال الرد فإن كانت وصيتهما لا تجاوز الثلث مثل أن يوصي لرجل بسدس ماله ولآخر بمعين قيمته سدس المال فهي كحال الإجازة سواء إذ لا أثر للرد وإن جاوزت ثلثه رددنا وصيتهما إلى الثلث وقسمناه بينهما على قدر وصيتهما إلا أن صاحب المعين يأخذ نصيبه من المعين والآخر يأخذ حقه من جميع المال، هذا هو قول الخرقي وسائر الأصحاب ويقوى عندي أنهما في حال الرد يقتسمان الثلث على حسب مالهما في الإجازة وهذا قول ابن أبي ليلى. وقال أبو حنيفة ومالك في الرد: يأخذ صاحب المعين نصيبه منه ويضم الآخر سهامه إلى سهام الورثة ويقتسمون الباقي على خمسة في مثل مسألة الخرقي لأن له السدس وللورثة أربعة أسداس وهو مثل قول الخرقي إلا أن الخرقي يعطيه السدس من جميع المال وعندهما أنه يأخذ خمس المائتين وعشر العبد واتفقوا على أن كل واحد من الوصيين يرجع إلى نصف وصيته لأن كل واحد منهما قد أوصى له بثلث المال وقد رجعت الوصيتان إلى الثلث وهو نصف الوصيتين فيرجع كل واحد إلى نصف وصيته ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر ماله في الوصية. وفي قول الخرقي رحمة الله عليه: يأخذ كل واحد منهما نصف وصيته من المحل الذي وصى له منه وصاحب الثلث يأخذ سدس الجميع، لأنه وصى له بثلث الجميع وأما على قولنا: فإن وصية صاحب العبد دون وصية صاحب الثلث لأنه وصى له بشيء أشرك معه غيره فيه كله وصاحب الثلث أفرده بشيء لم يشاركه فيه غيره فوجب أن يقسم بينهما الثلث حالة الرد على حسب مالهما في حال الإجازة كما في سائر الوصايا ففي مسألتنا هذه لصاحب الثلث ثلث المائتين ستة وستون وثلثان لا يزاحمه الآخر فيها ويشتركان في العبد لهذا ثلثه وللآخر جميعه فابسطه من جنس الكسر وهو الثلث يصير العبد ثلاثة واضمم إليها الثلث الذي للآخر يصير أربعة ثم اقسم العبد على أربعة أسهم يصير الثلث ربعاً كما في مسائل العول وفي حال الرد ترد وصيتهما إلى ثلث المال وهو نصف وصيتهما فيرجع كل واحد إلى نصف وصيته فيرجع صاحب الثلث إلى سدس الجميع ويرجع صاحب العبد إلى نصفه وفي قولنا: يضرب مخرج الثلث في مخرج الربع يكن اثنا عشر ثم في ثلاثة تكن ستة وثلاثين فلصاحب الثلث ثلث المائتين وهو ثمانية من أربعين وربع العبد وهو ثلاثة أسهم صار له أحد عشر ولصاحب العبد ثلاثة أرباعه وذلك تسعة أسهم فيضمها إلى سهام صاحب الثلث صار الجميع عشرين سهماً ففي حال الرد تجعل الثلث عشرين سهماً والمال كله ستون فلصاحب العبد تسعة من العبد وهو ربعه وخمسه ولصاحب الثلث ثمانية من الأربعين وهي خمسها وثلاثة من العبد وذلك عشره ونصف عشره وإن كانت وصية صاحب المشاع بالنصف فله في حال الإجازة مائة وثلث العبد ولصاحب العبد ثلثاه وفي الرد لصاحب المشاع خمس المائتين وخمس العبد ولصاحب العبد خمساه وعلى الوجه الآخر لصاحب المشاع ربع المائتين وسدس العبد ولصاحب العبد ثلثه. وطريقها أن تنسب الثلث إلى ما حصل لهما في الإجازة ثم تعطي كل واحد مما حصل له في الإجازة مثل تلك

النسبة. وعلى الوجه الأول تنسب الثلث إلى وصيتهما ثم تعطي كل واحد في الرد مثل الخارج بالنسبة، وبيانه في هذه المسألة أن نسبة الثلث إلى وصيتهما بالخمسين لأن النصف والثلث خمسة من ستة فالثلث خمساها فلصاحب العبد خمسا العبد لأنه وصيته، ولصاحب النصف الخمس لأنه خمسا وصيته. وعلى الوجه الآخر قد حصل لهما في الإجازة الثلثان ونسبة الثلث إليهما بالنصف فلكل واحد منهما مما حصل له في الإجازة نصفه وقد كان لصاحب المشاع من المائتين نصفها فله ربعها وكان له من العبد ثلثه فصار له سدسه وكان لصاحب العبد ثلثاه فصار له ثلثه. وإن كانت المسألة بحالها وملكه غير العبد ثلاثمائة ففي الإجازة لصاحب المشاع مائة وخمسون وثلث العبد ولصاحب العبد ثلثاه، وفي الرد لصاحب المشاع تسعا المال كله ولصاحب العبد أربعة أتساعه على الوجه الأول. وعلى الوجه الثاني لصاحب العبد أربعة وسدسه وللآخر ثمنه ونصف سدسه[1] ومن المال ثمانون وهي ربعها وسدس عشرها، وإن وصى لرجل بجميع ماله ولآخر بالعبد ففي الإجازة لصاحب العبد نصفه والباقي كله للآخر، وفي الرد يقسم الثلث بينهما على خمسة لصاحب العبد خمسه وهو ربع العبد وسدس عشره وللآخر أربعة أخماسه فله من العبد مثل ما حصل لصاحبه ومن كل مائة مثل ذلك وهو ثمانون ديناراً. ولو خلف عبداً قيمته مائة ومائتين ووصى لرجل بمائة وبالعبد كله ووصى بالعبد لآخر ففي حال الإجازة يقسم العبد بينهما نصفين وينفرد صاحب الثلث بثلث الباقي[2] وفي الرد للموصى له بالعبد ثلثه وللآخر ثلثه وثلث المائة، وعلى الوجه الآخر لصاحب العبد ربعه وللآخر ربعه ونصف المائة يرجع كل واحد منهما إلى نصف وصيته فإن لم تزد الوصيتان على الثلث كرجل خلف خمسمائة وعبداً قيمته مائة ووصى لرجل بسدس ماله ولآخر بالعبد فلا أثر للرد هاهنا، ويأخذ صاحب المشاع سدس المال وسبع العبد والآخر ستة أسباعه، وإن وصى لصاحب المشاع بخمس المال فله مائة وسدس العبد ولصاحب العبد خمسة أسداسه ولا أثر للرد أيضاً لأن الوصيتين لم يخرج بهما من المال أكثر من ثلثه.

مسألة: قال: (ومن أوصى لقرابته فهو للذكر والأنثى بالسوية ولا يجاوز بها أربعة آباء لأن النبيّ ﷺ لم يجاوز بني هاشم بسهم ذي القربى).

وجملته: أن الرجل إذا أوصى لقرابته أو لقرابة فلان كانت الوصية لأولاده وأولاد أبيه وأولاد جده وأولاد جد أبيه ويستوي فيه الذكر والأنثى ولا يعطى من هو أبعد منهم شيئاً، فلو وصى لقرابة النبيّ ﷺ أعطى أولاده وأولاد عبد المطلب وأولاد هاشم ولم يعط بني عبد شمس ولا بني نوفل شيئاً لأن الله تعالى لما قال: ﴿مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَىٰ فَلِلَّهِ

---

(١) صوابه ثلثه وخمس تسعه وللآخر تسعه وثلث خمسه.

(٢) صوابه بنصف الباقي.

وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ﴾ [الحشر: ٧] يعني قرباء النبيّ ﷺ أعطى النبيّ ﷺ هؤلاء الذين ذكرناهم ولم يعط من هو أبعد منهم كبني عبد شمس ونوفل شيئاً إلا أنه أعطى بني المطلب وعلل عطيتهم بأنهم لم يفارقوا بني هاشم في جاهلية ولا إسلام. ولم يعط قرابة أمه وهم بنو زهرة شيئاً ولم يعط منهم إلا مسلماً فحمل مطلق كلام الموصي على ما حمل عليه المطلق من كلام الله تعالى وفسر بما فسر به، ويسوي بين قريبهم وبعيدهم وذكرهم وأنثاهم لأن الوصية لهم سواء ويدخل في الوصية الكبير والصغير والغني والفقير ولا يدخل الكفار لأنهم لم يدخلوا في المستحق من قربى النبيّ ﷺ. وقد نقل عبد الله وصالح عن أبيهما رواية أخرى: أنه يصرف إلى قرابة أمه إن كان يصلهم في حياته كأخواله وخالاته وأخواته من أمه، وإن كان لا يصلهم لم يعطوا شيئاً لأن عطيته لهم في حياته قرينة دالة على صلته لهم بعد مماته وإلا فلا، وعنه رواية أخرى: أنه يجاوز بها أربعة آباء ذكرها ابن أبي موسى في الإرشاد، وهذه الرواية تدل على أن لفظه لا يتقيد بالقيد الذي ذكرناه فعلى هذا يعطى كل من يعرف بقرابته من قبل أبيه وأمه الذين ينسبون إلى الأب الأدنى الذي ينسب إليه. وهذا مذهب الشافعي لأنهم قرابة فيتناولهم الاسم ويدخلون في عمومه، وإعطاء النبيّ ﷺ لبعض قرابته تخصيص لا يمنع من العموم في غير ذلك الموضع.

وقد قال أبو حنيفة: قرابته كل ذي رحم محرم فيعطى من أدناهم اثنان فصاعداً فإذا كان له عمان وخالان فالوصية لعميه وإن كان له عم وخالان فلعمه النصف ولخاليه النصف. وقال قتادة: للأعمام الثلثان وللأخوال الثلث. وبه قال الحسن، قال: ويزاد الأقرب بعض الزيادة، وقال مالك: يقسم على الأقرب فالأقرب بالاجتهاد.

ولنا: إن هذا الاسم له عرف في الشرع وهو ما ذكرناه فيجب حمله عليه وتقديمه على العرف اللغوي كالوضوء والصلاة والصوم والحج ولا وجه لتخصيصه بذي الرحم المحرم، فإن اسم القرابة يقع على غيرهم عرفاً وشرعاً وقد تحرم على الرجل ربيبته وأمهات نسائه وحلائل آبائه وأبنائه ولا قرابة لهم وتحل له ابنة عمه وعمته وابنة خاله وخالته وهن من أقاربه وما ذكره من التفصيل لا يقتضيه اللفظ ولا يدل عليه دليل فالمصير إليه تحكم. فأما إن كان في لفظه ما يدل على إرادة قرابة أمه كقوله: وتفضل قرابتي من جهة أبي على قرابتي من جهة أمي أو قوله: إلا ابن خالتي فلاناً أو نحو ذلك أو قرينة تخرج بعضهم عمل بما دلت عليه القرينة لأنها تصرف اللفظ عن ظاهره إلى غيره.

فصل: فإن وصى لأقرب أقاربه أو أقرب الناس إليه أو أقربهم به رحماً لم يدفع إلى الأبعد مع وجود الأقرب فيقدم الأب على كل من أدلى به من الأجداد والإخوة والأعمام والابن مقدم عليهم وعلى كل من أدلى به ويستوي الأب والابن لأن كل واحد منهما يدلي بنفسه من غير واسطة ويحتمل أن يقدم الابن لأنه يسقط تعصيب الأب. والأول أولى لأن إسقاط تعصيبه لا

يمنع مساواته في القرب ولا كونه أقرب منه بدليل أن ابن الابن يسقط تعصيبه مع بعده ويقدم الابن على الجد والأب على ابن الابن، وقال أصحاب الشافعي رضي الله عنه: يقدم ابن الابن على الأب في أحد الوجهين لأنه يسقط تعصيبه.

ولنا: إن الأب يدلي بنفسه ويلي ابنه من غير حاجز ولا يسقط ميراثه بحال بخلاف ابن الابن. والأب والأم سواء وكذلك الابن والبنت والجد أبو الأب وأبو الأم وأم الأب وأم الأم كلهم سواء ثم من بعد الأولاد أولاد البنين وإن سفلوا الأقرب فالأقرب الذكور والإناث وفي أولاده البنات وجهان بناء على دخولهم في الوقف ثم من بعد الولد الأجداد الأقرب منهم فالأقرب لأنهم العمود الثاني ثم الإخوة والأخوات لأنهم ولد الأب أو من ولد الأم ثم ولدهم وإن سفلوا ولا شيء لولد الأخوات إذا قلنا: لا يدخل ولد البنات وإذا تساوت درجتهم فأولاهم ولد الأبوين ويسوى بين ولد الأب وولد الأم لأنها على درجة واحدة وكذلك ولداهما والأخ للأب أولى من ابن الأخ من الأبوين كما في الميراث ثم بعدهم الأعمام ثم بنوهم وإن سفلوا ويستوي العم من الأب والعم من الأم وكذلك أبناؤهما وعلى هذا الترتيب ذكره القاضي وهذا مذهب الشافعي رضي الله عنه إلا أنه يرى دخول ولد البنات والأخوات والأخوال والخالات وهذا القول إنما يخرج في مذهب أحمد على الرواية الثالثة التي تجعل القرابة فيها كل من يقع عليهم اسم القرابة، فأما على الرواية التي اختارها الخرقي وأن القرابة اسم لمن كان من أولاد الآباء فلا يدخل فيه الأم ولا أقاربها لأن من لم يكن من القرابة لم يكن أقرب القرابة فعلى هذا تتناول الوصية من كان أقرب من أولاد الموصي وأولاد آبائه إلى أربعة آباء ولا يعدوهم ذلك، وإن وصى لجماعة من أقرب الناس إليه أعطى لثلاثة من أقرب الناس إليه، وإن وجد أكثر من ثلاثة في درجة واحدة كالإخوة فالوصية لجميعهم لأن بعضهم ليس بأولى من بعض والاسم يشملهم، وإن لم يوجد ثلاثة في درجة واحدة كملت من الثانية، وإن كانت في الدرجة الثانية جماعة سوي بينهم لما ذكرنا في الدرجة الأولى وإن لم يكمل من الثانية فمن الثالثة فإذا وجد ابن وأخ وعم فالوصية بينهم أثلاثاً، وكذلك إن كان ابن وأخوان وإن كان ابن وثلاثة إخوة دخل جميعهم في الوصية وينبغي أن يكون للابن ثلث الوصية ولهم ثلثاها، فإن كان الابن وارثاً سقط حقه من الوصية إن لم يجز له والباقي للإخوة، وإن وصى لعصبته فهو لمن يرثه بالتعصيب في الجملة سواء كانوا ممن يرث في الحال أو لم يكن ويسوى بين قريبهم وبعيدهم لشمول اللفظ لهم ولا خلاف في أنهم لا يكونون من جهة الأم بحال.

مسألة: قال: (وإن قال لأهل بيتي أعطي من قبل أبيه وأمه).

يعني تعطى أمه وأقاربها الأخوال والخالات وآباء أمه وأولادهم وكل من يعرف بقرابته والمنصوص عن أحمد فيها وقفنا عليه التسوية بين هذا اللفظ ولفظ القرابة فإنه قال في رواية

عبد الله: إذا أوصى بثلث ماله لأهل بيته هو بمثابة قوله لقرابتي وحكاه ابن المنذر عن أحمد، وقال أحمد: قال النبيّ ﷺ: «لا تحل الصدقة لي ولا لأهل بيتي» فجعل سهم ذي القربى لهم عوضاً عن الصدقة التي حرمت عليهم فكان ذوو القربى الذين سماهم الله تعالى هم أهل بيته الذين حرمت عليهم الصدقة. وذكر حديث زيد بن أرقم أن النبيّ ﷺ قال: «أذكركم الله في أهل بيتي». قال قلنا: من أهل بيته نساؤه؟ قال: «لا، أصله وعشيرته الذين حرمت عليهم الصدقة: آل علي وآل عقيل وآل جعفر وآل العباس» وقال القاضي: قال ثعلب: أهل البيت عند العرب آباء الرجل وأولادهم كالأجداد والأعمام وأولادهم ويستوي فيه الذكور والإناث. وذكر القاضي: أن أولاد الرجل لا يدخلون في اسم القرابة ولا أهل بيته وليس هذا بشيء فإن ولد النبيّ ﷺ من أهل بيته وأقاربه الذين حرموا الصدقة وأعطوا من سهم ذي القربى وهم من أقرب أقاربه فكيف لا يكونون من أقاربه وقد قال النبيّ ﷺ لفاطمة وولديها وزوجها: «اللهمّ هؤلاء أهل بيتي فأذهب عنهم الرجس وطهرهم تطهيراً»؟ ولو وقف على أقارب رجل أو أوصى لأقاربه دخل فيه ولده بغير خلاف علمته، والخرقي عدهم في القرابة بقوله: لا يجاوز بها أربعة آباء لأن النبيّ ﷺ لم يجاوز بني هاشم بسهم ذي القربى. فجعل هاشماً الأب الرابع ولا يكون رابعاً إلا أن يعد النبيّ ﷺ أباً لأن هاشماً إنما هو رابع النبيّ ﷺ.

فصل: وإن وصى لآله فهو مثل قرابته فإن في بعض ألفاظ زيد بن أرقم، من آل رسول الله ﷺ قال: «أصله وعشيرته الذين حرموا الصدقة بعده: آل علي وآل العباس وآل جعفر وآل عقيل» والأصل في آل أهل فقلبت الهاء همزة، كما قالوا: أهرقت الماء وأرقته، ومدت لئلا تجتمع همزتان.

وإن وصى لعترته فقد توقف أحمد في ذلك وهو في عرف الناس عشيرته الأدنون وولده الذكور والإناث وإن سفلوا فتصرف الوصية إليهم وبذلك فسره ابن قتيبة، قال: ويدل على ذلك قول أبي بكر رضي الله عنه: نحن عترة النبيّ ﷺ وبيضته التي تفقأت عنه. وقال ثعلب وابن الأعرابي: العترة الأولاد وأولاد الأولاد ولم يدخلا في ذلك العشيرة، والأول أصح وأشهر في عرف الناس مع أنه قد دل على صحته قول أبي بكر رضي الله عنه في محفل من أصحاب النبيّ ﷺ فلم ينكره أحد وهم أهل اللسان فلا يعول على ما خالفه.

وإن وصى لقومه أو لنسبائه فقال أبو بكر: هذا بمثابة أهل بيته، وقال القاضي: إذا قال لرحمي أو لأرحامي أو لأنسابي أو لمناسبي صرف إلى قرابته من قبل أبيه وأمه ويتعدى ولد الأب الخامس، فعلى هذا يصرف إلى كل من يرث بفرض أو تعصيب أو بالرحم في حال من الأحوال وقول أبي بكر في المناسبين أولى من قول القاضي لأن ذلك في العرف يطلق على من كان من العشيرة التي ينتسبان إليها وإذا كان كل واحد منهما ينتسب إلى قبيلة غير قبيلة صاحبه فليس بمناسب له.

فصل: فإن وصى لمواليه وله موال من فوق وهم معتقوه فالوصية لهم لأن الاسم يتناولهم وقد تعينوا بوجودهم دون غيرهم. وإن لم يكن له إلا موال من أسفل فهو لهم كذلك، وإن اجتمعوا فالوصية لهم جميعاً يستوون فيها لأن الاسم يشمل جميعهم، وقال أصحاب الرأي: الوصية باطلة لأنها لغير معين، وقال أبو ثور: يقرع بينهما لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر وقال ابن القاسم: هي للمولى من أسفل ولأصحاب الشافعي أربعة أوجه كقولنا وقول أصحاب الرأي. **والثالث**: هي للموالي من فوق لأنهم أقوى بدليل أنهم عصبة ويرثونه بخلاف عتقائه. **والرابع**: يقف الأمر حتى يصطلحوا.

ولنا: إن الاسم يتناول الجميع حقيقةً وعرفاً فدخلوا في الوصية كما لو وصى لإخوته، وقولهم: غير معين، غير صحيح فإن من التعميم يحصل التعيين ولذلك لو حلف لا كلمت موالي حنث بكلام أيهم كان، وقولهم: إن المولى من فوق أقوى. قلنا: مع شمول الاسم لهم يدخل فيه الأقوى والأضعف كإخوته ولا شيء لابن العم ولا للناصر ولا لغير من ذكرنا لأن الاسم إن لم يتناولهم حقيقة لم يتناولهم عرفاً والأسماء العرفية تقدم على الحقيقة. ولا يستحق مولى ابنه مع وجود مواليه، وقال زفر: يستحق ولا يصح لأن مولى ابنه ليس بمولى له حقيقة إذا كان له مولى سواه، فإن لم يكن له مولى فقال الشريف أبو جعفر: يكون لموالي أبيه. وقال أبو يوسف ومحمد: لا شيء له لأنه ليس بمولى له، واحتج الشريف بأن الاسم يتناول موالي أبيه مجازاً فإذا تعذرت الحقيقة وجب صرف الاسم إلى مجازه والعمل به تصحيحاً لكلام المكلف عند إمكان تصحيحه، ولأن الظاهر إرادته المجاز لكونه محملاً صحيحاً وإرادة الصحيح أغلب من إرادة الفاسد، فإن كان له موالي وموالي أب حين الوصية ثم انقرض مواليه قبل الموت لم يكن لموالي الأب شيء على مقتضى ما ذكرناه لأن الوصية كانت لغيرهم فلا تعود إليهم إلا بعقد ولم يوجد. ولا يشبه هذا قوله: أوصيت لأقرب الناس إلي وله ابن وابن ابن فمات الابن حيث يستحق ابن الابن وإن كان لا يستحق مع حياة الابن شيئاً، لأن الوصية هاهنا لموصوف بصفة وجدت في ابن الابن كوجودها في الابن حقيقة وفي المولى يقع الاسم على مولى نفسه حقيقة وعلى مولى أبيه مجازاً، فمع وجودهم جميعاً لا يحمل اللفظ إلا على الحقيقة وهذه الصفة توجد في مولى أبيه، قال الشريف: ويدخل في الوصية للموالي مدبره وأم ولده لأن الوصية إنما تستحق بعد الموت وهم حينئذ موال في الحقيقة.

فصل: وإن وصى لجيرانه فهم أهل أربعين داراً من كل جانب نص عليه أحمد وبه قال الأوزاعي والشافعي وقال أبو حنيفة: الجار الملاصق لأن النبيّ ﷺ قال: «الجار أحق بصقبه» يعني الشفعة وإنما تثبت للملاصق ولأن الجار مشتق من المجاورة، وقال قتادة: الجار الدار والداران.

وروي عن علي رضي الله عنه في قول النبيّ ﷺ: «لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد» قال: من سمع النداء، وقال سعيد بن عمرو بن جعدة: من سمع الإقامة، وقال أبو يوسف: الجيران أهل المحلة في مسجدين صغيرين متقاربين فالجميع جيران وإن كانا عظيمين فكل أهل مسجد جيران وأما الأمصار التي فيها القبائل فالجوار على الأفخاذ.

ولنا: ما روى أبو هريرة أن النبيّ ﷺ قال: «الجار أربعون داراً هكذا وهكذا وهكذا وهكذا» وهذا نص لا يجوز العدول عنه إن صح، وإن لم يثبت الخبر فالجار هو المقارب ويرجع في ذلك إلى العرف.

فصل: وإن وصى لأهل دربه أو سكته فهم أهل المحلة الذين طريقهم في دربه.

فصل: وإن وصى لأصناف الزكاة المذكورين في القرآن فهم الذين يستحقون من الزكاة وينبغي أن يجعل لكل صنف ثمن الوصية كما لو وصى لثمان قبائل. والفرق بين هذا وبين الزكاة حيث يجوز الاقتصار على صنف واحد أن آية الزكاة أريد بها بيان من يجوز الدفع إليه والوصية أريد بها بيان من يجب الدفع إليه ويجوز الاقتصار من كل صنف على واحد لأنه لا يمكن استيعابهم. وحكي هذا عن أصحاب الرأي وعن محمد بن الحسن أنه قال: لا يجوز الدفع إلى أقل من اثنين.

وحكى أبو الخطاب رواية ثانية عن أحمد: أنه لا يجوز الدفع إلى أقل من ثلاثة من كل صنف وهو مذهب الشافعي، وأصل هذا الاختلاف في الزكاة وقد ذكرناه، ولا يجوز الصرف إلا إلى المستحق من أهل بلده، وإن وصى للفقراء وحدهم دخل فيه المساكين، وإن أوصى للمساكين دخل فيه الفقراء لأنهم صنف واحد فيما عدا الزكاة إلا أن يذكر الصنفين جميعاً فيدل ذلك على أنه أراد المغايرة بينهما، ويستحب تعميم من أمكن منهم والدفع إليهم على قدر الحاجة والبداية بأقارب الموصي على ما ذكرنا في باب الزكاة.

فصل: وإن أوصى بشيء لزيد وللمساكين فلزيد نصف الوصية وبهذا قال أبو حنيفة ومحمد، وعن محمد لزيد ثلثه وللمساكين ثلثاه لأن أقل الجمع اثنان، وقال الشافعي: يكون كأحدهم إن عمهم أعطاه كواحد منهم، وإن قسم على ثلاثة منهم جعله كأحدهم، وحكى أصحابه وجهين آخرين أحدهما كمذهبنا والثاني له ربع الوصية لأن أقل الجمع ثلاثة فإذا انضم إليهم صاروا أربعة.

ولنا: إنه جعل الوصية لجهتين فوجب أن يقسم بينهم كما لو قال لزيد وعمرو. ولأنه لو وصى لقريش وتميم لم يشرك بينهم على قدر عددهم ولا على قدر من يعطي منهم بل يقسم بينهم نصفين كذلك هاهنا وإن كان زيد مسكيناً لم يدفع إليه من سهم المساكين شيء وبه قال الحسن

وإسحاق لأن عطفهم عليه يدل على المغايرة بينهما إذ الظاهر المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه ولأن تجويز ذلك يفضي إلى تجويز دفع الجميع إليه ولفظه يقتضي خلاف ذلك، فأما إن كانت الوصية لقوم يمكن استيعابهم وحصرهم مثل أن يقول: هذا لزيد وإخوته فيحتمل أنه يكون كأحدهم لأنه شرك بينه وبينهم على وجه لا يجوز الإخلال ببعضهم فتساووا فيه كما لو قال: هذا لكم ويحتمل أن يكون كالتي قبلها.

فصل: وإن قال: اشتروا بثلثي رقاباً فأعتقوهم لم يجز صرفه إلى المكاتبين، لأنه وصى بالشراء لا بالدفع إليهم، فإن اتسع الثلث لثلاثة لم يجز أن يشتري أقل منها لأنها أقل الجمع، وإن قدرت على أن تشتري أكثر من ثلاثة بثمن ثلاثة غالية كان أولى وأفضل. لأن النبيّ ﷺ قال: «من أعتق امرأً مسلماً أعتق الله بكل عضو منه عضواً منه من النار» ولأنه يفرج عنه نفس زائدة فكان أفضل من عدم ذلك، وإن أمكن شراء ثلاثة رخيصة وحصة من الرابعة بثمن ثلاثة غالية فالثلاثة أولى. لأن النبيّ ﷺ لما سئل عن أفضل الرقاب قال: «أغلاها ثمناً وأنفسها عند أهلها» والقصد من العتق تكميل الأحكام من الولاية والجمعة والحج والجهاد وسائر الأحكام التي تختلف بالرق والحرية ولا يحصل ذلك إلا بإعتاق جميعه، وهذا التفضيل ـ والله أعلم ـ من النبيّ ﷺ للغالية إنما يكون مع التساوي في المصلحة. فأما إن ترجح بعضهم بدين وعفة وصلاح ومصلحة له في العتق بأن يكون مضروراً بالرق فله صلاح في العتق وغيره له مصلحة في الرق ولا مصلحة له في العتق وربما تضرر به من فوات نفقته وكفالته ومصالحه وعجزه بعد العتق عن الكسب وخروجه عن الصيانة والحفظ فإن إعتاق من كثرت المصلحة في إعتاقه أفضل وأولى وإن قلّت قيمته، ولا يسوغ إعتاق من في إعتاقه مفسدة. لأن مقصود الموصي تحصيل الثواب والأجر ولا أجر في إعتاق هذا، ولا يجوز أن يعتق إلا رقبة مسلمة. لأن الله تعالى لما قال: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ لم يتناول إلا المسلمة، ومطلق كلام الآدمي محمول على مطلق كلام الله تعالى، ولا يجوز إعتاق معيبة عيباً يمنع الإجزاء في الكفارة لما ذكرنا والله أعلم.

فصل: ونقل المروذي عن أحمد فيمن أوصى بثلثه في أبواب البر. يجزأ ثلاثة أجزاء: جزء في الجهاد، وجزء يتصدق به في قرابته، وجزء في الحج. وقال في رواية أبي داود: الغزو يبدأ به. وحكي عنه أنه جعل جزءاً في فداء الإسرى، وهذا والله أعلم ليس على سبيل اللزوم والتحديد بل يجوز صرفه في جهات البر كلها لأن اللفظ للعموم، فيجب حمله على عمومه. ولا يجوز تخصيص العموم بغير دليل وربما كان غير هذه الجهات أحوج من بعضها وأحق، وقد تدعو الحاجة إلى تكفين ميت وإصلاح طريق وفك أسير وإعتاق رقبة وقضاء دين وإغاثة ملهوف أكثر من دعائها إلى حج من لا يجب عليه الحج. فيكلف وجوب ما لم يكن عليه واجباً وتعباً كان الله قد أراحه منه من غير مصلحة تعود على أحد من خلق الله فتقديم هذا على ما مصلحته ظاهرة والحاجة إليه داعية بغير دليل تحكم لا معنى له.

وإذا قال: ضع ثلثي حيث يريك الله فله صرفه في أي جهة من جهات القرب رأى وضعه فيها عملاً بمقتضى وصيته. وذكر القاضي: أنه يجب صرفه إلى الفقراء والمساكين، والأفضل صرفه إلى فقراء أقاربه فإن لم يجد فإلى محارمه من الرضاع، فإن لم يكن فإلى جيرانه، وقال أصحاب الشافعي: يجب ذلك لأنه رده إلى اجتهاده فيما فيه الحظ. وهذا أحظ.

ولنا: إنه قد يرى غير هذا أهم منه وأصلح، فلا يجوز تقييده بالتحكم. ونقل أبو داود عن أحمد أنه سئل عن رجل أوصى بثلثه في المساكين وله أقارب محاويج لم يوص لهم بشيء ولم يرثوا فإنه يبدأ بهم فإنهم أحق، قال: وسئل عن النصراني يوصي بثلثه للفقراء من المسلمين: أيعطي إخوته وهم فقراء؟ قال: نعم هم أحق يعطون خمسون درهماً لا يزادون على ذلك، يعني لا يزاد كل واحد منهم على ذلك لأنه القدر الذي يحصل به الغنى.

مسألة: قال: (وإذا وصى أن يحج عنه بخمسمائة فما فضل رد في الحج).

وجملته: أنه إذا أوصى أن يحج عنه بقدر من المال وجب صرف جميع ذلك في الحج إذا حمله الثلث لأنه وصى بجميعه في جهة قربة فوجب صرفه فيها كما لو وصى به في سبيل الله، وليس للولي أن يصرف إلى من يحج أكثر من نفقة المثل لأنه أطلق التصرف في المعاوضة فاقتضى ذلك عوض المثل كالوكيل في البيع ثم لا يخلو إما أن يكون بقدر نفقة المثل لحجة واحدة فيصرف فيها أو ناقصاً عنها فيحج به من حيث يبلغ في ظاهر منصوص أحمد، فإنه قال في رواية حنبل في رجل أوصى أن يحج عنه ولا تبلغ النفقة فقال: يحج عنه من حيث تبلغ النفقة للراكب من أهل مدينته، وهذا قول العنبري.

وقال القاضي: يعان به في الحج وهو قول سوار القاضي حكاه عنه العنبري، وعن أحمد أنه مخير في ذلك، قال في رواية أبي داود في امرأة أوصت بحج لا يجب عليها: أرى أن يؤخذ ثلث مالها فيعان به في الحج أو يحج من حيث يبلغ. **الحال الثالث:** أن يفضل عن الحجة فيدفع في حجة ثانية ثم في ثالثة إلى أن ينفد أو يبقى مالاً يبلغ حجة فيحج عنه من حيث يبلغ على ما ذكرنا من الخلاف فيه ولا يستنيب في الحج مع الإمكان إلا من بلد المحجوج عنه لأنه نائب عن الميت وقائم مقامه فينوب عنه من موضع لو حج المنوب عنه لحج منه فإن كان الموصى به لا يحمله الثلث لم يخل من أن يكون الحج فرضاً أو تطوعاً فإن كان فرضاً أخذ أكثر الأمرين من الثلث أو القدر الكافي لحج الفرض فإن كان الثلث أكثر أخذ ثم يصرف منه في الفرض قدر ما يكفيه ثم يحج بالباقي تطوعاً حتى ينفد كما ذكرنا من قبل، وإن كان الثلث أقل تمم قدر ما يكفي الحج من رأس المال وبهذا قال عطاء وطاوس والحسن وسعيد بن المسيب والزهري والشافعي وإسحاق. قال سعيد بن المسيب والحسن: كل واجب من رأس المال، وقال ابن سيرين والنخعي والشعبي وحماد بن أبي سليمان والثوري وأبو حنيفة وداود بن أبي هند: إن وصى بالحج

فمن ثلثه وإلا فليس على ورثته شيء فعلى قولهم: إن لم يف الثلث بالموصى به وإلا لم يزد على الثلث لأن الحج عبادة فلا تلزم الوارث كالصلاة.

ولنا: قول النبيّ ﷺ: «لو كان على أبيك دين أكنت تقضيه؟» قال: نعم. قال: «فدين الله أحق أن يقضى» والدين من رأس المال فيما هو أحق منه أولى ولأنه واجب فكان من رأس المال كدين الآدمي وإن كان تطوعاً أخذ الثلث لا غير إذا لم يجز الورثة ويحج به على ما ذكرنا فيما مضى.

فصل: وإذا أوصى بحج واجب أو غيره من الواجبات كقضاء دين وزكاة وإخراج كفارة لم يخل من أربعة أحوال. أحدها: أو يوصي بذلك من صلب ماله فهذا تأكيد لما وجب بالشرع ويحج عنه من بلده، وإن لم يف ماله بذلك أخذ ماله كله يدفع في الواجب كما لو لم يوص. الثاني: أن يوصي بأداء الواجب من ثلث ماله فيصح أيضاً. فإن لم تكن له وصية غير هذه لم تفد شيئاً ويؤدى من المال كله كما لو لم يوص، وإن كان قد أوصى بتبرع لجهة أخرى قدم الواجب، وإن فضل من الثلث شيء فهو للتبرع، وإن لم يفضل شيء سقطت وإن لم يف الثلث بالواجب أتم من رأس المال هكذا ذكر القاضي، وقال أبو الخطاب: يزاحم بالواجب أصحاب الوصايا فيحتمل أنه أراد مثل ما ذكر القاضي ويحتمل أنه أراد أن الثلث يقسم بين الوصايا كلها الواجب والتبرع بالحصص فما حصل للواجب أتم من رأس المال فيدخله الدور وتعمل بالجبر فتقول في رجل أوصى بحجة واجبة كفايتها عشرة من ثلثه ووصى بصدقة تطوع عشرة ومات فلم يخلف إلا ثلاثين فأعزل تتمة الواجب من المال وهي شيء مجهول وخذ ثلث الباقي عشرة إلا ثلث شيء واقسمه بين الوصيين لكل واحد خمسة إلا سدس شيء اضمم الشيء الذي عزلته إلى ما حصل للحجة فصار شيئاً وخمسة إلا سدس شيء يعدل عشرة وخذ من الشيء سدسه فأجبر به بعض الخمسة يبقى خمسة أسداس شيء يعدل خمسه فالشيء إذاً ستة ومتى أخذت ستة من ثلاثين بقي أربعة وعشرون ثلثها ثمانية لصاحب الصدقة نصفها أربعة وللواجب أربعة مع الستة صار الجميع عشرة فإن كان عليه أيضاً دين خمسة عزلت تتمة الحج شيئاً وتتمة الدين نصف شيء بقي ثلث المال عشرة إلا نصف شيء واقسمه بين الوصايا فيحصل للحج أربعة إلا خمس شيء اضمم إليها تتمته يصر شيئاً وأربعة إلا خمس شيء يعدل عشرة وبعد الجبر يصير أربعة أخماس شيء تعدل ستة فرد على الستة ربعها تصر سبعة ونصفاً يعدل شيئاً فالشيء سبعة ونصف ونصف الشيء ثلاثة ونصف وربع وبقية المال ثمانية عشر وثلاثة أرباع ثلثها ستة وربع، للدين خمسها واحد وربع إذا ضممت إليه تتمته كمل خمسة وللحج اثنان ونصف تكمل به تتمة وللصدقة اثنان ونصف، وفي عملها طريق آخر وهو أن يقسم الثلث بكماله بين الوصايا بالقسط ثم ما بقي من الواجب أخذه من الورثة وصاحب التبرع بالقسط، ففي المسألة الأولى يحصل للواجب خمسة يبقى له خمسة يأخذ من صاحب التبرع ديناراً ومن الورثة أربعة، وفي المسألة

الثانية حصل للحج أربعة وبقي له ستة وحصل للدين ديناران وبقي له ثلاثة فيأخذان ما بقي لهما من الورثة ثلاثة ومن صاحب التبرع ثلاثة فيأخذ صاحب الحجة من الورثة أربعة ومن صاحب التبرع دينارين ويأخذ صاحب الدين دينارين من الورثة وديناراً من صاحب التبرع.

الثالث: أن يوصي بالواجب ويطلق فهو من رأس المال فيبدأ بإخراجه قبل التبرعات والميراث فإن كان ثم وصية تبرع فلصاحبها ثلث الباقي وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي، وذهب بعضهم إلى أن الواجب من الثلث كالقسم الذي قبله لأنه إنما يملك الوصية بالثلث.

ولنا: إن الحج كان واجباً من رأس المال وليس في وصيته ما يقتضي تغييره فيبقى على ما كان عليه كما لو لم يوص به، وقولهم: لا تملك الوصية إلا بالثلث قلنا في التبرع: فأما في الواجبات فلا تنحصر في الثلث ولا تتقيد به. القسم الرابع: أن يوصي بالواجب ويقرن الوصية بالتبرع مثل أن يقول: حجوا عني وأدوا ديني وتصدقوا عني ففيه وجهان.

أصحهما أن الواجب من رأس المال لأن الاقتران في اللفظ لا يدل على الاقتران في الحكم ولا في كيفيته ولذلك قال الله تعالى: ﴿كُلُوا مِنْ ثَمَرِهِ إِذَا أَثْمَرَ وَآتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ﴾ [الأنعام: ١٤١] والأكل غير واجب والإيتاء واجب ولأنه هاهنا قد عطف غير الواجب عليه فكما لم يستويا في الوجوب لا يلزم استواؤهما في محل الإخراج.

والثاني: أنه من الثلث لأنه قرن به ما مخرجه من الثلث.

مسألة: قال: (وإن قال حجة بخمسمائة فما فضل فهو لمن يحج).

وجملته: أنه إذا أوصى أن يحج عنه بقدر من المال حجة واحدة وكان فيه فضل عن قدر ما يحج به فهو لمن يحج لأنه قصد إرفاقه بذلك فكأنه صرح، فإن قال: حجوا عني حجة واحدة بخمسمائة وما فضل منها فهو لمن يحج ثم إن عين من يحج عنه فقال: يحج عني فلان بخمسمائة صرف ذلك إليه وإن لم يعين أحداً فللوصي صرفها إلى من شاء لأنه فوض إليه الاجتهاد إلا أنه لا يملك صرفها إلى وارث إذا كان فيها فضل إلا بإذن الورثة، وإن لم يكن فيها فضل جاز لأنها لا محاباة فيها ثم ينظر فإن كان الحج للموصى به تطوعاً فجميع القدر الموصى به من الثلث، وإن كان واجباً فالزائد عن نفقة المثل يعتبر من الثلث، وإن لم يف الموصى به بالحج الواجب أتم من رأس المال، وإن كان تطوعاً فإنه يحج به من حيث يبلغ على ما مضى.

فصل: وإن عين رجلاً أن يحج فأبى أن يحج بطل التعيين ويحج عنه بأقل ما يمكن إنسان ثقة سواه ويصرف الباقي إلى الورثة. ولو قال المعين: اصرفوا الحجة إلى من يحج وادفعوا الفضل إليّ لأنه موصى به لي لم يصرف إليه شيء لأنه إنما أوصى له بالزيادة بشرط أن يحج فإذا لم يفعل لم يوجد الشرط ولم يستحق شيئاً.

مسألة: قال: (وإن قال حجوا عني حجة فما فضل رد إلى الورثة).

أما إذا أوصى بحجة ولم يذكر قدراً من المال فإنه لا يدفع إلى من يحج إلا قدر نفقة المثل لما ذكرناه وإن فضل عن ذلك فهو للورثة وهذا ينبني على أن الحج لا يجوز الاستئجار عليه إنما ينوب عنه فيه نائب فما ينفق عليه فيما يحتاج إليه فهو من مال الموصي وما بقي رده على ورثته، وإن تلف المال في الطريق فهو من مال الموصي وليس على النائب إتمام المضي إلى الحج عنه وعلى الرواية الأخرى: يجوز الاستئجار عليه فلا يستأجر إلا ثقة بأقل ما يمكن وما فضل فهو لمن يحج لأنه ملك ما أعطى بعد الإجارة. وإن تلف المال في الطريق بعد قبض الأجير له فهو من ماله ويلزمه بإتمام الحج، وإن قال: حجوا عني ولم يقل حجة واحدة لم يحج عنه إلا حجة واحدة لأنه أقل ما يقع عليه الاسم فإن عين مع هذا من يحج عنه فقال: يحج عني فلان فإنه يدفع إليه قدر نفقته من بلده إذا خرج من الثلث، فإن أبى الحج إلا بزيادة تصرف إليه فينبغي أن يصرف إليه أقل قدر يمكن أن يحج به غيره، وإن أبى الحج وكان واجباً استنيب غيره بأقل ما يمكن استنابته به، وإن كان تطوعاً احتمل بطلان الوصية لأنه عين لها جهة فإذا لم تقبلها بطلت الوصية كما لو قال: بيعوا عبدي لفلان بمائة فأبى شراءه ويحتمل أن لا تبطل ويستناب غيره لأنه قصد القربة والتعيين فإذا بطل التعيين لم تبطل القربة كما لو قال: بيعوا عبدي لفلان وتصدقوا بثمنه فلم يقبل فلان فإنه يباع لغيره ويتصدق به.

فصل: وإذا أوصى لرجل أن يخرج عنه حجة لم يكن للوصي الحج بنفسه نص عليه أحمد كما لو قال: تصدق عليّ لم يجز أن يتصدق عن نفسه، وإن قال: حج عني بما شئت صح وله ما شاء إلا أن لا يجيز الورثة فله الثلث.

فصل: إذا أوصى أن يحج عنه زيد بمائة ولعمرو بتمام الثلث ولسعد بثلث ماله فأجاز الورثة أمضيت على ما قال الموصي وإن لم يفضل عن المائة شيء فلا شيء لعمرو لأنه إنما أوصى له بالفضل ولا فضل وإن رد الورثة قسم الثلث بينهم نصفين لسعد السدس ولزيد مائة وما فضل من الثلث فلعمرو فإن لم يفضل شيء فلا شيء لعمرو لأنه إنما أوصى له بالزيادة ولا زيادة ولا تمنع المزاحمة به ولا يعطى شيئاً كولد الأب مع الأخ من الأبوين في مزاحمة الجد ويحتمل أنه متى كان في الثلث فضل عن المائة أن يرد كل واحد منهم إلى نصف وصيته لأن زيداً إنما استحق المائة بالإجازة فمع الرد يجب أن يدخل عليه من النقص بقدر وصيته كسائر الوصايا وقد ذكرنا نظير هذه المسألة فيما تقدم فإن امتنع زيد من الحج وكانت الحجة واجبة استنيب ثقة غيره في الحج بأقل ما يمكن وتمام المائة للورثة ولعمرو ما فضل فإن كانت الحجة تطوعاً ففي بطلان الوصية بها وجهان ذكرناهما فيما مضى.

فصل: وإن أوصى لزيد بعبد بعينه ولعمرو ببقية الثلث قوم العبد يوم موت الموصي لأنه حال نفوذ الوصية ودفع إلى زيد ودفع بقية الثلث إلى عمرو فإن لم يبق من الثلث شيء بطلت وصية عمرو وإن مات العبد بعد موت الموصي أو رد زيد وصيته بطلت ولم تبطل وصية عمرو وهكذا إن مات زيد قبل موت الموصي أو بعده وإن مات العبد قبل موت الموصي قومنا التركة حال موت الموصي بدون العبد ثم يقوم العبد لو كان حياً فإن بقي من الثلث بعد قيمته شيء فهو لعمرو وإلا بطلت وصيته ولو قال لأحد عبديه: أنت مدبر ثم قال لآخر: أنت مدبر في زيادة الثلث عن قيمة الأول ثم بطل تدبير الأول لرجوعه فيه أو خروجه مستحقاً أو غير ذلك فهي كالتي قبلها على ما ذكرنا.

مسألة: قال: (ومن أوصى بثلث ماله لرجل فقتل عمداً أو خطأ وأخذت الدية فلمن أوصى له بالثلث ثلث الدية في إحدى الروايتين والأخرى ليس لمن أوصى له بالثلث من الدية شيء).

اختلفت الرواية عن أحمد فيمن أوصى بثلث ماله أو جزء منه مشاع فقتل الموصي وأخذت ديته هل للوصي منها شيء أو لا؟ فنقل منها عن أحمد أنه يستحق منها وروي ذلك عن عليّ رضي الله عنه في دية الخطأ وهو قول الحسن ومالك ونقل ابن منصور عن أحمد لا يدخل الدية في وصيته، وروي ذلك عن مكحول وشريك وأبي ثور وداود وهو قول إسحاق، وقال مالك: في دية العمد لأن الدية إنما تجب للورثة بعد موت الموصي بدليل أن سببها الموت فلا يجوز وجوبها قبله لأن الحكم لا يتقدم سببه ولا يجوز أن تجب للميت بعد موته لأنه بالموت تزول أملاكه الثابتة له فكيف يتجدد له ملك؟ فلا يدخل في الوصية لأن الميت إنما يوصي بجزء من ماله لا بمال ورثته ووجه الرواية الأولى: أن الدية تجب للميت لأنها بدل نفسه ونفسه له فكذلك بدلها ولأن بدل أطرافه في حال حياته له فكذلك بدلها بعد موته ولهذا نقضي منها ديونه ويجهز منها إن كان قبل تجهيزه وإنما يزول من أملاكه ما استغنى عنه، فأما ما تعلقت به حاجته فلا ولأنه يجوز أن يتجدد له ملك بعد الموت كمن نصب شبكة فسقط فيها صيد بعد موته فإنه يملك بحيث تقضى ديونه منه ويجهز فكذلك دينه لأن تنفيذ وصيته من حاجته فأشبهت قضاء دينه.

فصل: فإن كانت الوصية بمعين فعلى الرواية الأولى يعتبر خروجه من ثلث ماله وديته وعلى الأخرى يعتبر خروجه من أصل ماله دون ديته لأنها له ليست من ماله.

فصل: وإن أوصى ثم استفاد مالاً قبل الموت فأكثر أهل العلم يقولون: إن الوصية تعتبر من جميع ما يخلفه من التلاد والمستفاد ويعتبر ثلث الجميع هذا قول النخعي والأوزاعي ومالك والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وسواء علم أو لم يعلم، وحكي عن أبان بن عثمان

وعمر بن عبد العزيز وربيعة ومالك: لا يدخل في وصيته إلا ما علم إلا المدبر فإنه يدخل في كل شيء.

ولنا: إنه من ماله فدخل في وصيته كالمعلوم.

مسألة: قال: (وإذا أوصى إلى رجل ثم أوصى بعده إلى آخر فهما وصيان إلا أن يقول: قد أخرجت الأول).

معنى أوصى إلى رجل أي جعل له التصرف بعد موته فيما كان لـه التصرف فيه من قضـاء ديونه واقتضائها ورد الودائع واستردادها وتفـريق وصيته والـولاية عـلى أولاده الذين لـه الولايـة عليهم من الصبيان والمجانين ومن لم يؤنس رشده والنظر لهم في أموالهم بحفظها والتصرف فيهـا بما لهم الحظ فيه فأما من لا ولاية له عليهم كالعقلاء الراشدين وغـير أولاده من الإخوة والأعـمام وسائر من عدا الأولاد فلا تصح الوصية عليهم لأنه لا ولاية للموصى عليهم في الحياة فلا يكون ذلك لنائبه بعد الممات، ولا نعلم في هذا كله خلافاً وبه يقول مالك وأبو حنيفة والشافعي إلا أن أبا حنيفة والشافعي قالا: للجد ولاية على ابن ابنه وإن سفل لأن له ولادة وتعصيباً فأشبه الأب ولأصحاب الشافعي في الأم عند عدم الأب والجـد وجهان. أحـدهما: أن لهـا ولاية لأنها أحـد الأبوين فأشبهت الأب.

ولنا: إن الجد يدلي بواسطة فأشبه الأخ والعم وفارق الأب فإنه يدلي بنفسه ويحجب الجد ويخالفه في ميراثه وحجبه فلا يصح إلحاقه به ولا قياسه عليـه، وأما المـرأة فلا تـلي لأنها قاصرة لا تلي النكاح بحال فلا تلي مال غيرها كالعبد ولأنها لا تلي بولاية القضاء فكذلك بالنسب.

إذا ثبت هذا فإنـه إذا أوصى إلى رجل ثم أوصى إلى آخـر فهما وصيـان إلا أن يقول: قـد أخرجت الأول أو قد عزلته لمـا ذكرنـا فيما إذا أوصى بجـارية لبشر ثم أوصى بهـا لبكر ولأنـه قد وجدت الوصية إليهما من غير عزل واحد منهما فكانا وصيـين كما لو أوصى إليهما دفعة واحدة فأما إن أخرج الأول انعزل وكان الثاني هو الوصي كما لو عزله بعد الوصية إلى الثاني.

فصـل: ويجوز أن يـوصي إلى رجل بشيء دون شيء مثـل أن يـوصي إلى إنسـان بتفـريق وصيته دون غيرها أو بقضاء ديونه أو بالنظر في أمر أطفاله حسب فلا يكون له غـير ما جعـل إليه ويجوز أن يوصي إلى إنسان بتفريق وصيته وإلى آخر بقضاء ديونه وإلى آخر بالنظر في أمـر أطفالـه فيكون لكل منهم ما جعل إليه دون غيره. ومتى أوصى إليه بشيء لم يصر وصياً في غيره وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة: يصير وصياً في كـل ما يملكـه الوصي لأن هـذه ولاية تنتقـل من الأب بموته فلا تتبعض كولاية الجد.

ولنا: إنه استفاد التصرف بالإذن من جهة الآدمي فكان مقصوراً على ما أذن فيه كالوكيل، وولاية الجد ممنوعة، ثم تلك ولاية استفادها بقرابته وهي لا تتبعض والإذن يتبعض فافترقا.

فصل: ويجوز أن يوصي إلى رجلين معاً في شيء واحد ويجعل لكل واحد منهما التصرف منفرداً فيقول: أوصيت إلى كل واحد منكما أن ينفرد بالتصرف لأنه جعل كل واحد منهما وصياً منفرداً وهذا يقتضي تصرفه على الانفراد وله أن يوصي إليهما ليتصرفا مجتمعين وليس لواحد منهما الانفراد بالتصرف ولأنه لم يجعل ذلك إليه ولم يرض بنظره وحده، وهاتان الصورتان لا أعلم فيهما خلافاً، وإن أطلق فقال: أوصيت إليكما في كذا فليس لأحدهما الانفراد بالتصرف وبه قال مالك والشافعي، وقال أبو يوسف: له ذلك، لأن الوصية والولاية لا تتبعض فملك كل واحد منهما الانفراد بها كالأخرين في تزويج أختهما.

وقال أبو حنيفة ومحمد: يستحسن على خلاف القياس فيبيح أن ينفرد كل واحد منهما بسبعة أشياء: كفن الميت وقضاء دينه وإنفاذ وصيته ورد الوديعة بعينها وشراء ما لا بد للصغير منه من الكسوة والطعام وقبول الهبة له والخصومة عن الميت فيما يدعى له أو عليه لأن هذه يشق الاجتماع عليها ويضر تأخيرها فجاز الانفراد بها.

ولنا: إنه شرك بينهما في النظر فلم يكن لأحدهما الانفراد كالوكيلين وما قاله أبو يوسف نقول به: فإنه جعل الولاية إليهما باجتماعهما فليست متبعضة كما لو وكل وكيلين أو صرح للوصيين بأن لا يتصرفا إلا مجتمعين ثم يبطل ما قاله بهاتين الصورتين ويبطل ما قاله أبو حنيفة بها أيضاً، وإذا تعذر اجتماعهما أقام الحاكم أميناً مقام الغائب.

فصل: فيمن تصح الوصية إليه ومن لا تصح

تصح الوصية إلى الرجل العاقل المسلم الحر العدل إجماعاً، ولا تصح إلى مجنون ولا طفل ولا وصية مسلم إلى كافر بغير خلاف نعلمه. لأن المجنون والطفل ليسا من أهل التصرف في أموالهما فلا يليان على غيرهما، والكافر ليس من أهل الولاية على مسلم، وتصح الوصية إلى المرأة في قول أكثر أهل العلم، وروي ذلك عن شريح وبه قال مالك والثوري والأوزاعي والحسن بن صالح وإسحاق والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولم يجز عطاء لأنها لا تكون قاضية فلا تكون وصية كالمجنون.

ولنا: ما روي أن عمر رضي الله عنه أوصى إلى حفصة، ولأنها من أهل الشهادة فأشبهت الرجل وتخالف القضاء. فإنه يعتبر له الكمال في الخلقة والاجتهاد بخلاف الوصية، وتصح الوصية إلى الأعمى. وقال أصحاب الشافعي فيه وجد أنه لا تصح الوصية إليه. بناء منهم

على أنه لا يصح بيعه ولا شراؤه. فلا يوجد فيه معنى الولاية وهذا لا يسلم لهم مع أنه يمكنه التوكيل في ذلك وهو من أهل الشهادة والولاية في النكاح والولاية على أولاده الصغار. فصحت الوصية إليه كالبصير، وأما الصبي العاقل فلا أعلم فيه نصاً عن أحمد. فيحتمل أنه لا تصح الوصية إليه لأنه ليس من أهل الشهادة والإقرار. ولا يصح تصرفه إلا بإذن فلم يكن من أهل الولاية بطريق الأولى ولأنه مولى عليه. فلا يكون والياً كالطفل والمجنون. وهذا مذهب الشافعي وهو الصحيح إن شاء الله، وقال القاضي: قياس المذهب صحة الوصية إليه. لأن أحمد قد نص على صحة وكالته. وعلى هذا يعتبر أن يكون قد جاوز العشر، وأما الكافر فلا تصح وصية مسلم إليه. لأنه لا يلي على مسلم ولأنه ليس من أهل الشهادة ولا العدالة فلم تصح الوصية إليه كالمجنون والفاسق، وأما وصية الكافر إليه. فإن لم يكن عدلاً في دينه لم تصح الوصية إليه. لأن عدم العدالة في المسلم يمنع صحة الوصية إليه فمع الكفر أولى، وإن كان عدلاً في دينه ففيه وجهان:

أحدهما: تصح الوصية إليه وهو قول أصحاب الرأي. لأنه يلي بالنسب فيلي الوصية كالمسلم.

والثاني: لا تصح وهو قول أبي ثور لأنه فاسق فلم تصح الوصية إليه كفاسق المسلمين، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين، وأما وصية الكافر إلى المسلم فتصح إلا أن تكون تركته خمراً أو خنزيراً، وأما العبد، فقال أبو عبد الله بن حامد: تصح الوصية إليه سواء كان عبد نفسه أو عبد غيره وبه قال مالك، وقال النخعي والأوزاعي وابن شبرمة: تصح الوصية إلى عبد نفسه ولا تصح إلى عبد غيره، وقال أبو حنيفة: تصح إلى عبد نفسه إذا لم يكن في ورثته رشيد. وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي: لا تصح الوصية إلى عبد بحال لأنه لا يكون ولياً على ابنه بالنسب. فلا يجوز أن يلي الوصية كالمجنون.

ولنا: إنه يصح استنابته في الحياة فصح أن يوصى إليه كالحر. وقياسهم يبطل بالمرأة والخلاف في المكاتب والمدبر والمعتق بعضه كالخلاف في العبد القن، وقد نص الخرقي على أن الوصية إلى أم ولده جائزة، وقد نص عليه أحمد أيضاً لأنها تكون حرة عند نفوذ الوصية من أصل المال، وأما الفاسق، فقد روي عن أحمد ما يدل على أن الوصية إليه لا تصح وهو قول مالك والشافعي، وعن أحمد ما يدل على صحة الوصية إليه فإنه قال في رواية ابن منصور: إذا كان متهماً لم تخرج من يده، وقال الخرقي: إذا كان الوصي خائناً ضم إليه أمين. وهذا يدل على صحة الوصية إليه ويضم الحاكم إليه أميناً، وقال أبو حنيفة: تصح الوصية إليه وينفذ تصرفه، وعلى الحاكم عزله لأنه بالغ عاقل فصحت الوصية إليه كالعدل ووجه الأولى أنه لا يجوز إفراده بالوصية فلم تجز الوصية إليه كالمجنون وعلى أبي حنيفة لا يجوز إقراره على الوصية فأشبه ما ذكرنا.

فصل: ويعتبر وجود هذه الشروط في الوصي حال العقد والموت في أحد الوجهين. وفي الآخر يعتبر حال الموت حسب كالوصية له. وهو قول بعض أصحاب الشافعي.

ولنا: إنها شروط لعقد فتعتبر حال وجوده كسائر العقود، فأما الوصية له فهي صحيحة وإن كان وارثاً وإنما يعتبر عدم الإرث وخروجها من الثلث للنفوذ واللزوم فاعتبرت حالة اللزوم بخلاف مسألتنا. فإنها شروط لصحة العقد فاعتبرت حالة العقد. ولا ينفع وجودها بعده وعلى الوجه الثاني: لو كانت الشروط كلها منتفية أو بعضها حال العقد ثم وجدت حالة الموت لصحت الوصية إليه.

فصل: وإذا قال: أوصيت إلى زيد فإن مات فقد أوصيت إلى عمرو صح ذلك رواية واحدة. ويكون كل واحد منهما وصياً إلا أن عمراً وصي بعد زيد لأن النبيّ ﷺ قال في جيش مؤتة: «أميركم زيد فإن قتل فأميركم جعفر فإن قتل فأميركم عبد الله بن رواحة» والوصية في معنى التأمير. وإن قال: أوصيت إليك. فإذا كبر ابني كان وصيي صح. لذلك فإذا كبر ابنه صار وصيه. وعلى هذا لو قال: أوصيت لك فإن تاب ابني عن فسقه أو قدم من غيبته أو صح من مرضه أو اشتغل بالعلم أو صالح أمه أو رشد فهو وصيي صحت الوصية إليه ويصير وصياً عند وجود هذه الشروط.

مسألة: قال: (وإذا كان الوصي خائناً جعل معه أمين).

ظاهر هذا صحة الوصية إلى الفاسق ويضم إليه أمين. وكذلك إن كان عدلاً فتغيرت حاله إلى الخيانة لم يخرج منها ويضم إليه أمين ونقل ابن منصور عن أحمد نحو ذلك، قال: إذا كان الوصي متهماً لم يخرج من يده. ونقل المروذي عن أحمد فيمن أوصى لرجلين. ليس أحدهما بموضع للوصية فقال للآخر: أعطني لا يعطيه شيئاً ليس هذا بموضع للوصية فقيل له: أليس المريض قد رضي به؟ فقال: وإن رضي به فظاهر هذا إبطال الوصية إليه، وحمل القاضي كلام الخرقي وكلام أحمد في إبقائه في الوصية. على أن خيانته طرأت بعد الموت، فأما إن كانت خيانته موجودة حال الوصية إليه لم تصح. لأنه لا يجوز تولية الخائن على يتيم في حياته فكذلك بعد موته. ولأن الوصية ولاية وأمانة والفاسق ليس من أهلهما. فعلى هذا إذا كان الوصي فاسقاً فحكمه حكم من لا وصي له وينظر في ماله الحاكم، وإن طرأ فسقه بعد الوصية زالت ولايته وأقام الحاكم مقامه أميناً هذا اختيار القاضي وهو قول الثوري والشافعي وإسحاق وعلى قول الخرقي: لا تزول ولايته ويضم إليه أمين ينظر معه. وروي ذلك عن الحسن وابن سيرين لأنه أمكن حفظ المال بالأمين وتحصيل نظر الوصي بإبقائه في الوصية فيكون جمعاً بين الحقين وإن لم يمكن حفظ المال بالأمين تعين إزالة يد الفاسق الخائن وقطع تصرفه. لأن حفظ المال على اليتيم أولى من رعاية قول الموصي الفاسد.

وأما التفريق بين الفسق الطارىء وبين المقارن فبعيد. فإن الشروط تعتبر في الدوام كاعتبارها في الابتداء سيما إذا كانت لمعنى يحتاج إليه في الدوام ولو لم يكن بد من التفريق لكان اعتبار العدالة في الدوام أولى من قبل أن الفسق إذا كان موجوداً حال الوصية فقد رضي به الموصي مع علمه بحاله وأوصى إليه راضياً بتصرفه مع فسقه فيشعر ذلك بأنه علم أن عنده من الشفقة على اليتيم ما يمنعه من التفريط فيه وخيانته في ماله بخلاف ما إذا طرأ الفسق فإنه لم يرض به على تلك الحال والاعتبار برضاه ألا ترى أنه لو أوصى إلى واحد جاز له التصرف وحده ولو وصى إلى اثنين لم يجز للواحد التصرف.

فصل: وأما العدل الذي يعجز عن النظر لعلة أو ضعف فإن الوصية تصح إليه ويضم إليه الحاكم أميناً ولا يزيل يده عن المال ولا نظره لأن الضعيف أهل للولاية والأمانة فصحت الوصية إليه وهكذا إن كان قويًّا فحدث فيه ضعف أو علة ضم الحاكم إليه يداً أخرى ويكون الأول هو الوصي دون الثاني وهذا معاون لأن ولاية الحاكم إنما تكون عند عدم الوصي وهذا قول الشافعي وأبي يوسف. ولا أعلم لهما مخالفاً.

فصل: وإذا تغيرت حال الوصي بجنون أو كفر أو سفه زالت ولايته وصار كأنه لم يوص إليه ويرجع الأمر إلى الحاكم فيقيم أميناً ناظراً للميت في أمره وأمر أولاده من بعده كما لو لم يخلف وصياً، وإن تغيرت حاله بعد الوصية وقبل الموت ثم عاد فكان عند الموت جامعاً لشروط الوصية صحت الوصية إليه لأن الشروط موجودة حال العقد والموت فصحت الوصية كما لو لم تتغير حاله. ويحتمل أن تبطل لأن كل حالة منها حالة للقبول والرد فاعتبرت الشروط فيها، فأما إن زالت بعد الموت وانعزل ثم عاد فكمل الشروط لم تعد وصيته لأنها زالت فلا تعود إلا بعقد جديد.

فصل: ويصح قبول الوصية وردها في حياة الموصي لأنها إذن في التصرف فصح قبوله بعد العقد كالوكيل بخلاف الوصية له فإنها تمليك في وقت فلم يصح القبول قبل الوقت ويجوز تأخير القبول إلى ما بعد الموت لأنها نوع وصية فصح قبولها بعد الموت كالوصية له ومتى قبل صار وصياً وله عزل نفسه متى شاء مع القدرة والعجز في حياة الموصي وبعد موته بمشهد منه وفي غيبته وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة: لا يجوز له ذلك بعد الموت بحال ولا يجوز في حياته إلا بحضرته لأنه غره بالتزام وصيته ومنعه بذلك الإيصاء إلى غيره. وذكر ابن موسى في الإرشاد رواية عن أحمد: ليس له عزل نفسه بعد الموت لذلك، ولنا إنه متصرف بالإذن فكان له عزل نفسه كالوكيل.

فصل: ويجوز أن يجعل للوصي جعلاً لأنها بمنزلة الوكالة والوكالة تجوز بجعل فكذلك الوصية وقد نقل إسحاق بن إبراهيم في الرجل يوصي إلى الرجل ويجعل له دراهم مسماة

فلا بأس ومقاسمة الموصي الموصى له جائزة على الورثة لأنه نائب عنهم ومقاسمته للورثة على الموصى له لا تجوز لأنه ليس بنائب عنه.

فصل: وإذا أوصى إلى رجل وأذن له أن يوصي إلى من يشاء نحو أن يقول: أذنت لك أن توصي إلى من شئت أو كل من أوصيت إليه فقد أوصيت إليه أو فهو وصي صح وله أن يوصي إلى من شاء لأنه رضي باجتهاده واجتهاد من يراه فصح كما لو وصى إليهما معاً وهذا قول أكثر أهل العلم وحكي عن الشافعي أنه قال في أحد القولين: ليس له أن يوصي لأنه يلي بتوليه، فلا يصح أن يوصي كالوكيل.

ولنا: إنه مأذون له في الإذن في التصرف فجاز له أن يأذن لغيره كالوكيل إذا أمر بالتوكيل والوكيل حجة عليه من الوجه الذي ذكرناه. فأما إن أوصى إليه وأطلق ولم يأذن له في الإيصاء ولا ينهاه عنه ففيه روايتان:

إحداهما: له أن يوصي إلى غيره وهو قول مالك وأبي حنيفة والثوري وأبي يوسف لأن الأب أقامه مقام نفسه فكان له الوصية كالأب.

والثانية: ليس له ذلك وهو اختيار أبي بكر ومذهب الشافعي وإسحاق وهو الظاهر من مذهب الخرقي لقوله ذلك في الوكيل لأنه يتصرف بتولية فلم يكن له التفويض كالوكيل ويخالف الأب لأنه يلي بغير تولية.

مسألة: قال: (وإن كانا وصيين فمات أحدهما أقيم مقام الميت أمين).

وجملة ذلك: أنه يجوز للرجل الوصية إلى اثنين فمتى أوصى إليهما مطلقاً لم يجز لواحد منهما الانفراد بالتصرف فإن مات أحدهما أو جن أو وجد منه ما يوجب عزله أقام الحاكم مقامه أميناً لأن الموصي لم يرض بنظر هذا الباقي منهما وحده، فإن أراد الحاكم رد النظر إلى الباقي منهما لم يكن له ذلك، وذكر أصحاب الشافعي وجهاً في جوازه لأن النظر لو كان له لموت الموصي عن غير وصية كان له رده إلى واحد كذلك هاهنا فيكون ناظراً بالوصية من الموصي والأمانة من جهة الحاكم.

ولنا: إن الموصي لم يرض بتصرف هذا وحده فوجب ضم غيره إليه لأن الوصية مقدمة على نظر الحاكم واجتهاده، وإن تغيرت حالها جميعاً بموت أو غيره فللحاكم أن ينصب مكانهما، وهل له نصب واحد؟ فيه وجهان.

أحدهما: له ذلك لأنه لما عدم الوصيان صار الأمر إلى الحاكم بمنزلة ما لم يوص ولو لم يوص لاكتفى بواحد كذا هاهنا، ويفارق ما إذا كان أحدهما حياً لأن الموصي بين أنه لا يرضى بهذا وحده بخلاف ما إذا ماتا معاً.

والثاني: لا يجوز أن ينصب إلا اثنين لأن الموصي لم يرض بواحد فلم يقتنع به كما لو كان أحدهما حياً، فأما إن جعل لكل واحد منهما التصرف منفرداً فمات أحدهما أو خرج من الوصية لم يكن للحاكم أن يقيم مقامه أميناً لأن الباقي منهما له النظر بالوصية فلا حاجة إلى غيره وإن ماتا معاً أو خرجا عن الوصية فللحاكم أن يقيم واحداً يتصرف وإن تغيرت حال أحد الوصيين تغييراً لا يزيله عن الوصية كالعجز عنها لضعف أو علة ونحو ذلك وكانا ممن لكل واحد منهما التصرف منفرداً فليس للحاكم أن يضم إليهما أميناً لأن الباقي منهما يكفي إلا أن يكون الباقي منهما يعجز عن التصرف وحده لكثرة العمل ونحوه فله أن يقيم أميناً، وإن كان ممن ليس لأحدهما التصرف على الانفراد فعلى الحاكم أن يقيم مقام من ضعف عنها أميناً يتصرف معه على كل حال فيصيرون ثلاثة: الوصيان والأمين معهما ولكل واحد منهم(١) التصرف وحده.

فصل: وإذا اختلف الوصيان عند من يجعل المال منهما لم يجعل عند واحد منهما ولم يقسم بينهما وجعل في مكان تحت أيديهما جميعاً لأن الموصي لم يأمن أحدهما على حفظه ولا التصرف فيه وقال مالك: يجعل عند أعدلهما، وقال أصحاب الرأي: يقسم بينهما وهو المنصوص عن الشافعي إلا أن أصحابه اختلفوا في مراده بكلامه فقال بعضهم: إنما أراد إذا كان كل واحد منهما موصى إليه على الانفراد وقال بعضهم: بل هو عام فيهما.

ولنا: إن حفظ المال من جملة الموصى به فلم يجز لأحدهما الانفراد به كالتصرف ولأنه لو جاز لكل واحد منهما أن ينفرد بحفظ بعضه لجاز له أن ينفرد بالتصرف في بعضه.

فصل: لا بأس بالدخول في الوصية فإن الصحابة رضي الله عنهم كان بعضهم يوصي إلى بعض فيقبلون الوصية فروي عن أبي عبيدة أنه لما عبر الفرات أوصى إلى عمر، وأوصى إلى الزبير ستة من أصحاب رسول الله ﷺ عثمان وابن مسعود والمقداد وعبد الرحمن بن عوف ومطيع بن الأسود وآخر. وروي عن ابن عمر أنه كان وصياً لرجل، وفي وصية ابن مسعود: إن حدث بي حادث الموت من مرضي هذا، أن مرجع وصيتي إلى الله سبحانه ثم إلى الزبير بن العوام وابنه عبد الله. ولأنها وكالة وأمانة فأشبهت الوديعة والوكالة في الحياة وقياس مذهب أحمد: أن ترك الدخول فيها أولى لما فيها من الخطر وهو لا يعدل بالسلامة شيئاً، ولذلك كان يرى ترك الالتقاط وترك الإحرام قبل الميقات أفضل تحرياً للسلامة واجتناباً للخطر وقد روي حديث يدل على ذلك وهو ما روي أن النبيّ ﷺ قال لأبي ذر: «إني أراك ضعيفاً وإني أحب لك ما أحب لنفسي فلا تأمرن على اثنين ولا تولين مال يتيم» أخرجه مسلم.

---

(١) صوابه وليس لكل واحد منهم.

فصل: فإن مات رجل لا وصي لـه ولا حاكم في بلده فظاهر كلام أحمد رحمه الله: أنه يجوز لرجل من المسلمين أن يتولى أمره ويبيع ما دعت الحاجة إلى بيعه، فإن صالحاً نقل عنه في رجل بأرض غربة لا قاضي بها مات وخلف جواري ومالاً أيرى لرجل من المسلمين بيع ذلك؟ فقال: أما المنافع والحيوان فإن اضطروا إلى بيعه ولم يكن قاض فلا بأس وأما الجواري فأحب إلي أن يتولى بيعهن حاكم من الحكام وإنما توقف عن بيع الإماء على طريق الاختيار احتياطاً لأن بيعهن يتضمن إباحة فرج وأجاز بيع ذلك لأنه موضع ضرورة.

فصل: وإذا أوصى إليه بتفريق مال لم يكن لـه أخذ شيء منه نص عليه أحمد فقال: إذا كان في يده مال للمساكين وأبواب البر وهو يحتاج إليه فلا يأكل منه شيئاً إنما أمر بتنفيذه وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو ثور وأصحاب الرأي: إذا قال الموصي: جعلت لك أن تضع ثلثي حيث شئت أو حيث رأيت فله أخذه لنفسه وولده ويحتمل أن يجوز ذلك عندنا لأنـه يتناولـه لفظ الموصي، ويحتمل أن ينظر إلى قرائن الأحوال فإن دلت على أنه أراد أخذه منه مثل أن يكون من جملة المستحقين الذين يصرف إليهم ذلك أو عادته الأخذ من مثله فله الأخذ منه وإلا فلا ويحتمل أن له إعطاء ولده وسائر أقاربه إذا كانوا مستحقين دون نفسه لأنه مأمور بالتفريق وقد فرق فيمن يستحق فأشبه ما لو دفع إلى أجنبي.

ولنا: إنه تمليك ملكه بالإذن فلا يجوز أن يكون قابلاً كما لو وكله في بيع سلعة لم يجز له بيعها من نفسه.

فصل: وإن وصى إليه بتفريق ثلثه فأبى إخراج ثلث ما في أيديهم فعنه روايتان:

إحداهما: يخرج الثلث كله مما في يده نقلها أبو طالب لأن حق الموصى له متعلق بأجزاء التركة فجاز أن يدفع إليه مما في يده كما يدفع إلى بعض الورثة.

والأخرى: يدفع إليه ثلث ما في يده ولا يعطيهم شيئاً مما في يده حتى يخرجوا ثلث ما في أيديهم نقلها أبو الحارث لأن صاحب الدين إذا كان للمدين في يديه مال لم يملك استيفاءه مما في يديه كذا هاهنا، ويمكن حمل الروايتين على اختلاف حالين فالرواية الأولى محمولة على ما إذا كان المال جنساً واحداً فللموصي أن يخرج الثلث كله مما في يديه لأنه لا فائدة في انتظار إخراجهم مما في أيديهم مع اتحاد الجنس والرواية الثانية محمولة على ما إذا كان المال أجناساً فإن الوصية تتعلق بثلث كل جنس فليس له أن يخرج عوضاً عن ثلث ما في أيديهم مما في يده لأنه معاوضة لا تجوز إلا برضاهم والله أعلم.

فصل: إذا علم الوصي أن على الميت ديناً إما بوصية الميت أو غيرها فقال أحمد: لا يقضيه إلا ببينة قيل له: فإن كان ابن الميت يصدقه؟ قال: يكون ذلك في حصة من أقر بقدر حصته

وقال: فيمن استودع رجلاً ألف درهم وقال: إن أنا مت فادفعها إلى ابني الكبير وله ابنان أو قال: ادفعها إلى أجنبي فقال: إن دفعها إلى أحد الابنين ضمن للآخر قدر حصته وإن دفعها إلى الآخر ضمن، ولعل هذا من أحمد فيما إذا لم يصدق الورثة الوصي ولم يقروا فلا يقبل قوله عليهم وليس له الدفع بغير إذنهم لأن قوله أقر عندي واذن لي إثبات ولاية فلا يقبل قوله فيه ولا شهادته لأنه يشهد لنفسه بالولاية وقد نقل أبو داود في رجل أوصى أن لفلان علي كذا ينبغي للوصي أن ينفذه ولا يحل له إن لم ينفذ فهذه المسألة محمولة على أن الورثة يصدقون الوصي أو المدعي أو له بينة بذلك جمعاً بين الروايتين وموافقة للدليل قيل لأحمد: فإن علم الموصى إليه لرجل حقاً على الميت فجاء الغريم يطالب الوصي وقدمه إلى القاضي ليستحلفه إن مالي في يديك حق. فقال: لا يحلف ويعلم القاضي بالقضية فإن أعطاه القاضي فهو أعلم فإن ادعى رجل ديناً على الميت وأقام به بينة فهل يجوز للوصي قبولها وقضاء الدين بها من غير حضور حاكم؟ فكلام أحمد يدل على روايتين:

إحداهما: قال: لا يجوز الدفع إليه بدعواه إلا أن تقوم البينة فظاهر هذا أنه جوز الدفع بالبينة من غير حاكم لأن البينة له حجة، وقال في موضع آخر: إلا أن يثبت ببينة عند الحاكم بذلك فأما إن صدقهم الورثة على ذلك قبل لأنه إقرار منهم على أنفسهم.

مسألة: قال: (ومن أعتق في مرضه أو بعد موته عبدين لا يملك غيرهما وقيمة أحدهما مائتان والآخر ثلاثمائة فلم يجز الورثة أقرع بينهما، فإن وقعت القرعة على الذي قيمته مائتان عتق منه خمسة أسداسه وهو ثلث الجميع، وإن وقعت على الآخر عتق منه خمسة أتساعه لأن جميع ملك الميت، خمسمائة درهم وهو قيمة العبدين فضرب في ثلاثة فأخذ ثلثه خمسمائة، فأما إن وقعت القرعة على الذي قيمته مائتان ضربناه في ثلاثة فصيرناه ستمائة فصار العتق منه خمسة أسداسه، وكذلك يفعل في الآخر إذا وقعت عليه القرعة وكل شيء يأتي من هذا الباب فسبيله أن يضرب في ثلاثة ليخرج بلا كسر).

هذه المسألة دالة على أحكام أربعة منها: أن حكم العتق في مرض الموت حكم الوصية لا يجوز منه إلا ثلث المال إلا أن يجيزه الورثة وهذا قول جمهور الفقهاء، وحكي عن مسروق فيمن أعتق عبده في مرض موته ولا مال له غيره أجيزه برمته شيء جعله لله لا إرادة. وهذا قول شاذ يخالف الأثر والنظر فإنه قد صح عن عمران بن حصين أن رجلاً من الأنصار أعتق ستة أعبد عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعا بهم النبيّ ﷺ فأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة وقال له قولاً شديداً. رواه مسلم وأبو داود، ولأنه تبرع في مرض موته فأشبه سائر العطايا والصدقات.

الثاني: أن العتق إذا كان في أكثر من واحد فلم يحملهم الثلث كملنا الثلث في واحد بالقرعة وإن كانوا جماعة كملنا العتق في بعضهم بالقرعة بدليل حديث عمران بن حصين المذكور.

الثالث: أنه إذا لم يخرج من الثلث إلا جزء من عبد عتق ذلك الجزء خاصة ورق باقيه على ما سنذكره في العتق إن شاء الله تعالى.

الرابع: إثبات القرعة ومشروعيتها بدليل حديث عمران وفعل النبيّ ﷺ في الأعبد الذين أقرع بينهم، فأما كيفية تكميل العتق فإن العبيد إن تساوت قيمتهم وكان لهم ثلث صحيح كستة أعبد قيمة كل اثنين منهم ثلث المال جعلنا كل اثنين منهم ثلثاً وأقرعنا بينهم بسهم حرية وسهمي رق كما فعل النبيّ ﷺ فاللذان يقع لهما سهم الحرية يعتقان ويرق الآخرون، وإن كان فيهم كسر كمسألة الخرقي أقرعت بين العبدين فأيهما وقعت عليه قرعة الحرية ضربت قيمته في ثلاثة أسهم فما بلغ نسبت إليه قيمة العبدين جميعاً فمهما خرج بالنسبة فهو القدر الذي يعتق منه ففي هذه المسألة إذا وقعت القرعة على الذي قيمته مائتان ضربتها في ثلاثة صارت ستمائة ونسبت منها قيمة العبدين معاً وهي خمسمائة تجدها خمسة أسداسها فيعتق منه خمسة أسداسه، وإن وقعت على الآخر عتق خمسة أتساعه وتمام شرح ذلك يأتي في باب العتق إن شاء الله تعالى.

مسألة: قال: (وإذا أوصى بعبد من عبيده لرجل ولم يسم العبد كان له أحدهم بالقرعة إذا كان يخرج من الثلث وإلا ملك منه بقدر الثلث).

وجملة ذلك: أن الوصية بغير معين كعبد من عبيده وشاة من غنمه تصح وقد ذكرنا أن الوصية بالمجهول تصح فيما مضى وبه يقول مالك والشافعي وإسحاق، واختلفت الرواية فيما يستحقه الموصى له فروي أنه يستحق أحدهم بالقرعة ويشبه أن يكون قول إسحاق. ونقل ابن منصور: أنه يعطي أحسنهم يعني يعطيه الورثة ما أحبوا من العبيد وهو قول الشافعي، وقال مالك قولاً: يقتضي أنه إذا أوصى بعبد وله ثلاثة أعبد فله ثلثهم، وإن كانوا أربعة فله ربعهم فإنه قال: إذا أوصى بعشر من إبله وهي مائة يعطي عشرها والنخل والرقيق والدواب على ذلك. والصحيح أنه يعطي عشرة بالعدد لأنه الذي تناوله لفظه ولفظه هو المقتضي فلا يعدل عنه ولكن يعطي واحداً بالقرعة لأنه يستحق واحداً غير معين فليس واحد بأولى من واحد فوجب المصير إلى القرعة كما لو أعتق واحداً منهم، وعلى ما نقل ابن منصور: يعطيه الورثة من عبيده ما شاؤوا من صحيح أو معيب جيد أو رديء لأنه يتناوله اسم العبد فأجزأ كما لو وصى له بعبد ولم يصفه إلى عبيده، ولم يكن له إلا عبد واحد تعينت الوصية فيه وكذلك إن كان له عبيد فماتوا كلهم إلا واحداً تعينت الوصية فيه لتعذر تسليم الباقي، وإن تلف رقيقه جميعهم قبل

موت الموصي أو قتلوا بطلت الوصية لأنها إنما تلزم بالموت ولا رقيق له حينئذ وإن تلفوا بعد موته بغير تفريط من الورثة بطلت الوصية لأن التركة عند الورثة غير مضمونة لأنها حصلت في أيديهم بغير فعلهم وإن قتلهم قاتل فللموصى له قيمة أحدهم مبنياً على الروايتين فيمن يستحقه منهم في الحياة، ولو قال: أوصيت لك بعبد من عبيدي ولا عبيد له لم تصح الوصية لأنه أوصى له بلا شيء فهو كما لو قال: أوصيت لك بما في كيسي ولا شيء فيه أو بداري ولا دار له فإن اشترى قبل موته عبيداً احتمل أن لا تصح الوصية لأنها وقعت باطلة فلم تصح، كما لو قال: أوصيت لك بما في كيسي ولا شيء فيه ثم جعل في كيسه شيئاً ولأن الوصية تقتضي عبداً من الموجودين له حال الوصية. ويحتمل أن تصح كما لو وصى له بألف لا يملكه ثم ملكه أو وصى له بثلث عبيده ثم ملك عبيداً آخرين.

وقد روى ابن منصور عن أحمد في رجل قال في مرضه: أعطوا فلاناً من كيسي مائة درهم فلم يوجد في كيسه شيء يعطي مائة درهم فلم تبطل الوصية لأنه قصد إعطاءه مائة درهم وظنها في الكيس فإذا لم تكن في الكيس أعطى من غيره فكذلك يخرج في الوصية بعبد من عبيده إذا لم يكن له عبيد أن يشتري له من تركته عبد ويعطي إياه.

فصل: وإن وصى الرجل بعبد صحت الوصية ويشترى له عبد أي عبد كان وإن كان له عبيد أعطاه الورثة ما شاؤوا ولا قرعة هاهنا لأنه لم يصف الرقيق إلى نفسه ولا جعله واحداً من عدد محصور فلم يستحق الموصى له أكثر من أقل من يسمي عبداً كما لو أقر له بعبد. قال القاضي: ولهم أن يعطوه ما شاؤوا من ذكر وأنثى، والصحيح عندي أنه لا يستحق إلا ذكراً فإن الله تعالى فرق بين العبيد والإماء بقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾ [النور: ٣٢] والمعطوف يغاير المعطوف عليه ظاهراً، ولأنه في العرف كذلك فإنه لا يفهم من إطلاق اسم العبد إلا الذكر ولو وكله في شراء عبد لم يكن له شراء أمة فلا تنصرف وصيته إلا إلى الذكر، وإن وصى له بأمة أو جارية لم يكن له إلا أنثى وليس له أن يعطيه خنثى مشكلاً لأنه لا يعلم كونه ذكراً أو أنثى، وإن وصى له بواحد من رقيقه أو برأس مما ملكت يمينه دخل في وصيته الذكر والأنثى والخنثى.

فصل: وإن وصى له بشاة من غنمه فالحكم فيها كالحكم في الوصية بعبد من عبيده ويقع هذا الاسم على الضأن والمعز. قال أصحابنا: ويتناول الصغيرة والكبيرة والذكر والأنثى لأن الشاة اسم يتناول جميع ذلك بدليل قول النبيِّ ﷺ: «في أربعين شاة شاة» يريد الذكور والإناث والصغار والكبار وعندي أنه لا يتناول إلا أنثى كبيرة إلا أن يكون في بلد عرفهم يتناول ذلك، فأما من لا يتناول عرفهم إلا الإناث فإن وصيته لا تتناول إلا ما يسمى في عرفهم لأن ظاهر حاله إرادة ما يتعارفونه. وإن وصى بكبش لم يتناول إلا الذكر الكبير من الضأن، والتيس لا يقع

إلا على الذكر الكبير من المعز، وإن وصى بعشرة من الغنم يتناول عشرة من الذكور والإناث والصغار والكبار.

فصل: وإن وصى بجمل لم يكن إلا ذكراً وإن وصى بناقة لم تكن إلا أنثى، وإن قال: عشرة من إبل وقع على الذكر والأنثى جميعاً، ويحتمل أنه إن قال: عشرة بالهاء فهو للذكور وإن قال: عشر فهو للإناث وكذلك في الغنم لأن العدد في العشرة إلى الثلاثة للمذكر بالهاء وللمؤنث بغيرها قال الله تعالى: ﴿فسخرها عليهم سبع ليال وثمانية أيام﴾ وإن قال: أعطوه بعيراً ففيه وجهان:

أحدهما: هو للذكر وحده، لأنه في العرف اسم له وحده.

والثاني: هو للذكر والأنثى لأنه في لسان العرب يتناولها جميعاً، تقول العرب: حلبت البعير تريد الناقة فالجمل في لسانهم كالرجل من بني آدم والناقة كالمرأة والبكر كالفتاة وكذلك القلوص والبعير كالإنسان.

فصل: وإن وصى له بثور فهو ذكر وإن وصى ببقرة فهي أنثى. وإن وصى بدابة فهي واحدة من الخيل والبغال والحمير يتناول الذكر والأنثى لأن الاسم في العرف يقع على جميع ذلك، وإن قرن به ما يصرفه إلى أحدهما مثل إن قال: دابة يقاتل عليها أو يسهم لها انصرف إلى الخيل وإن قال: دابة ينتفع بظهرها ونسلها خرج منه البغال لأنه لا نسل لها وخرج منه الذكور كذلك، وإن وصى له بحمار فهو ذكر وإن وصى بأتان فهي أنثى فإن وصى بحصان فهو ذكر وإن وصى بفرس تناول الذكر والأنثى وفي جميع ذلك إذا كان له أعداد من جنس ما وصى له به فعلى قول الخرقي: يكون له ذلك بالقرعة وعلى رواية ابن منصور يعطيه الورثة ما شاؤوا ولا يستحق للدابة سرجاً ولا للبعير رحلاً إلا أن يذكره في الوصية.

فصل: وإن أوصى بكلب يباح اقتناؤه صحت الوصية لأن فيه نفعاً مباحاً وتقر اليد عليه والوصية تبرع فتصح في المال وفي غير المال من الحقوق ولأنه تصح هبته فتصح الوصية به كالمال، وإن كان مما لا يباح اقتناؤه لم تصح الوصية به سواء قال: كلباً من كلابي أو قال: من مالي لأنه لا يصح ابتياع الكلب لأنه لا قيمة له بخلاف الشاة، فإن كان له كلب ولا مال له سواه فله ثلثه، وإن كان له مال سواه فقد قيل للموصى له جميع الكلب وإن قل المال لأن قليل المال خير من الكلب لكونه لا قيمة له، وقيل: للموصى له به ثلثه وإن كثر المال لأن موضوع الوصية على أن يسلم ثلثا التركة للورثة وليس في التركة شيء من جنس الموصى به، وإن وصى لرجل بكلابه ولآخر بثلث ماله فللموصى له بالثلث الثلث وللموصى له بالكلاب ثلثها وجهاً واحداً لأن ما حصل للورثة من ثلثي المال قد جازت الوصية فيما يقابله من حق الموصى له وهو الثلث فلا يحسب عليهم في حق الكلاب ولو وصى بثلث ماله ولم يوص بالكلاب دفع إليه ثلث

المال ولم يحتسب بالكلاب على الورثة لأنها ليست بمال، وإذا قسمت الكلاب بين الوارث والموصى له أو بين اثنين موصى لهما بها قسمت على عددها لأنها لا قيمة لها فإن تشاحوا في بعضها فينبغي أن يقرع بينهم فيه، وإن وصى له بكلب وللموصي كلاب يباح اتخاذها ككلاب الصيد والماشية والحرث فله واحد منها بالقرعة أو ما أحب الورثة على الرواية الأخرى وإن كان له كلب يباح وكلب للهراش فله الكلب المباح ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كنحو مما ذكرنا إلا أنه يجعل للموصى له بكلب ما أحب الورثة دفعه إليه ولا تصح الوصية بكلب الهراش ولا كلب غير الكلاب الثلاثة، وفي الوصية بالجرو الصغير وجهان بناء على جواز تربيته للصيد أو للماشية وقد سبق ذكر ذلك، ولا تصح الوصية بخنزير ولا بشيء من السباع التي لا تصلح للاصطياد كالأسد والنمر والذئب لأنها لا منفعة فيها ولا تصح للوصية بشيء لا منفعة فيه من غيرها.

فصل: وإن وصى له بطبل حرب صحت الوصية به لأن فيه منفعة مباحة، وإن كان بطبل لهو لم تصح لعدم المنفعة المباحة به، وإن كان مع ذلك إذا فصل صلح للحرب لم تصح الوصية به أيضاً لأن منفعته في الحال معدومة فإن كان يصلح لهما جميعاً صحت الوصية به لأن المنفعة قائمة به، وإن وصى له بطبل وأطلق وله طبلان تصح الوصية بأحدهما دون الآخر انصرفت الوصية إلى ما تصح الوصية به وإن كان له طبول تصح الوصية بجميعها فله أخذها بالقرعة أو ما شاء الورثة على اختلاف الروايتين وإن وصى بدف صحت الوصية به لأن النبيّ ﷺ قال: «أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدف» ولا تصح الوصية بمزمار ولا طنبور ولا عود من عيدان اللهو لأنها محرمة وسواء كانت فيه الأوتار أو لم تكن لأنه مهيأ لفعل المعصية دون غيرها فأشبه ما لو كانت فيه الأوتار.

فصل: ولو أوصى له بقوس صحت الوصية فإن فيه منفعة مباحة سواء كان قوس نشاب وهو الفارسي أو نبل وهو العربي أو قوس بمجرى أو قوس زنبور أو جوخ أو ندف أو بندق فإن لم يكن له إلا قوس واحد من هذه القسي تعينت الوصية فيه وإن كانت له هذه جميعها وكان في لفظه أو حاله قرينة تصرف إلى أحدها انصرف إليه مثل أن يقول: قوساً يندف به أو يتعيش به أو ما أشبه ذلك فهذا يصرفه إلى قوس الندف وإن قال: يغزو به خرج منه قوس الندف والبندق وإن كان الموصى له ندافاً لا عادة له بالرمي أو بندقانياً لا عادة له بالرمي بشيء سواه أو يرمي بقوس غيره لا يرمي بسواه انصرفت الوصية إلى القوس الذي يستعمله عادة لأن ظاهر حال الموصي أنه قصد نفعه بما جرت عادته بالانتفاع به، وإن انتفت القرائن فاختار أبو الخطاب أن له واحداً من جميعها بالقرعة أو ما يختاره الورثة لأن اللفظ يتناول جميعها والصحيح أن وصيته لا تتناول قوس الندف ولا البندق ولا العربية في بلد لا عادة لهم بالرمي بها وهذا مذهب الشافعي إلا أنه لا يذكر العربية ويكون له واحد مما عدا هذه لأن هذه لا يطلق عليها اسم القوس في العادة بين غير أهلها حتى يصفها فيقول: قوس القطن أو الندف أو قوس البندق وأما العربية

فلا يتعارفها غير طائفة من العرب فلا يخطر ببال الموصي غالباً ويعطى القوس معمولة بها لأنها لا تسمى قوساً إلا كذلك ولا يستحق وترها لأن الاسم يقع عليها دونه وفيه وجه آخر أنـه يعطاهـا بوترها لأنها لا ينتفع بها إلا به فكان كجزء من أجزائها.

فصل: وإن وصى له بعود وله عـود لهو وغـيره لم تصح الـوصية لأن إطـلاقها ينصرف إلى عود اللهو ولا تصلح الـوصية بـه لعدم النفـع المباح فيـه وإن لم يكن له إلا عيـدان قسي أو عود يتبحر به أو غيره من العيدان المبـاحة صحت الـوصية وانصرفت إليهـا لعدم غـيرها وتعينهـا مع إباحتها وإن وصى له بجرة فيها خمر صحت الوصية بـالجرة وبـطلت في الخمر لأن في الجـرة نفعاً مباحاً والخمر لا نفع فيه مباح فصحت الوصية بما فيه المنفعة المباحة كما لـو وصى له بخمـر وخل وإن وصى له بخمر في جرة لم تصح لأن الذي أضاف الوصية إليه الخمر ولا تصح الوصية به.

مسألة: قال: (وإذا أوصى له بشيء بعينه فتلف بعدمـوت الموصي لم يكن للموصى له شيء وإن تلف المال كله إلا الموصى به فهو للموصى له).

أجمع أهل العلم ممن علمنا قوله على أن الموصى به إذا تلف قبل موت الموصي أو بعده فلا شيء للموصى له كـذلك حكـاه ابن المنذر فقـال: أجمع من أحفظ عنـه من أهل العلم عـلى أن الـرجل إذا أوصى لـه بشيء فهلك ذلـك الشيء أن لا شيء لـه في سـائـر مـال الميت وذلـك لأن الموصى له إنما يستحق بالوصية لا غير وقد تعلقت بمعـين وقد ذهب فـذهب حقه كـما لو تلف في يده والتركة في يد الورثة غير مضمونة عليهم لأنها حصلت في أيديهم بغـير فعلهم ولا تفريـطهم فلم يضمنوا شيئاً، وإن تلف المال كله سواه فهو للموصى له لأن حق الورثة لم يتعلق به لتعيـينه للموصى له وذلك يملك أخذه بغير رضاهم وإذنهم فكان حقه فيه دون سائـر المال وحقـوقهم في سائر المال دونه فأيهما تلف حقه لم يشارك الآخر في حقه كما لو كـان التلف بعد أن أخـذه الموصى لـه وقبضه وكـالورثـة إذا اقتسموا ثم تلف نصيب أحـدهم قال أحمـد: فيمن خلف مائتي دينـار وعبداً قيمته مائة ووصى لرجل بالعبد فسرقت الدنانير بعد الموت فالعبد للموصى له به.

فصل: وإن وصى له بمعـين فاستحق بعضـه أو هلك فله ما بقي منـه إن حمله الثلث وإن وصى لـه بثلث عبد أو ثلث دار فـاستحق الثلثان منه فـالثلث البـاقي للمـوصى لـه وهـو قـول الشافعي وأصحاب الرأي لأن الباقي كله موصى به وقد خرج من الثلث فاستحقه الموصى له كما لو كان شيئاً معيناً، وإن وصى له ثلاثـة أعبد فهلك عبـدان أو استحقا فليس لـه إلا ثلث الباقي وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي لأنه لم يوص له من الباقي بأكثر من ثلاثة وقد شرك بينه وبين ورثته في استحقاقه.

مسـألة: قـال: (ومن أوصي له بشيء فلم يـأخذه زمـاناً قـوِّم وقت الموت لا وقت الأخذ).

وجملتـه: أن الاعتبار في قيمـة الموصى بـه وخروجهـا من الثلث أو عدم خـروجها بحـالة الموت لأنها حال لزوم الوصيـة فتعتبر قيمـة المال فيهـا وهو قـول الشافعي وأصحـاب الرأي ولا أعلم فيـه خلافـاً فينظر فـإن كان المـوصى به وقت المـوت ثلث التركـة أو دونه نفـذت الـوصيـة واستحقه الموصى له كله فإن زادت قيمته حتى صار معادلاً لسائر المال أوْ أكـثر منه أو هلك المـال كله سواه فهو للموصى له لا شيء للورثة فيه فإن كان حين الموت زائداً عن الثلث فللموصى لـه منه قدر ثلث المال فإن كان نصف المال فللموصى له ثلثاه وإن كان ثلثيه فللموصى له نصفه وإن كان نصف المال وبثلثه فللموصى له خمساه فإن نقص بعد ذلك أو زاد أو نقص سائر المال أو زاد فليس للموصى له سوى ما كان له حين الموت فلو وصى بعبد قيمته مائة وله مائتان فزادت قيمته بعد الموت حتى صار يساوي مائتين فهو للموصى له كله، وإن كانت قيمتـه حين المـوت مائتـين فللموصى له ثلثاه لأنهما ثلث المال فإن نقصت قيمته بعد الموت حتى صار يساوي مائة لم يزد حق الموصى له عن ثلثه شيئاً إلا أن يجيز الورثة، وإن كانت قيمته أربعمائة فللموصى له نصف لا يزاد حقه عن ذلك سواء نقص العبد أو زاد أو نقص المال أو زاد.

فصل: والعطايا في مرضه يعتبر خروجها من الثلث حين الموت نقـل صالـح بن أحمد عن أبيه فيمن له ألف درهم وعبد قيمته ألف فـأعتق العبد في مـرض موتـه وأنفق الدراهم عتق من العبد ثلثه فاعتبر مـاله حـين الموت من العبـد لا فيما قبله فلما لم يكن لـه حين المـوت إلا العبد لم يعتق منه إلا ثلثه ولو لم يتلف الألف لعتق منه ثلثاه، ولو زاد ماله قبل موتـه حتى بلغ ألفين لعتق العبد كله لخروجه من الثلث وإن كسب العبد شيئاً كان كسبه بينه وبين الورثة على قـدر ما فيـه من الحـرية والـرق ويدخله الـدور وقد ذكـرنا ذلـك فيما مضى وإن تلف من الـتركة شيء بفعـل مضمون على الورثة حسب عليهم من التركة.

فصل: وإن وصى بمعين حاضر وسائر مالـه دين أو غائب فليس للوصي أخـذ المعين قبـل قـدوم الغائب أو استيفـاء الدين لأنـه ربما تلف فـلا تنفذ الـوصية في المعـين كله وظـاهـر كـلام الخرقي: أن للوصي ثلث المعين ذكره في المدبر وقيل: لا يدفع إليـه شيء لأن الورثـة شركاؤه في الـتركة فـلا يحصل لـه شيء ما لم يحصـل للورثة مثله ولم يحصـل لهم شيء وهذا وجـه لأصحاب الشافعي والصحيح أن له الثلث لأن حقه فيه مستقر فوجب تسليمه إليه لعدم الفـائدة في وقفـه كما لو لم يخلف غير المعين ولأنه لو تلف سـائر المـال لوجب تسليم ثلث المعـين إلى الوصي وليس تلف المال سبباً لاستحقاق الوصية وتسليمها ولا يمنع نفوذ الوصية في الثلث المستقر وإن لم ينتفع الورثة بشيء كما لو أبرأ معسراً من دين عليه وقال مالك يخـير الورثـة بين دفـع العين المـوصى بها وبين جعل وصيته بثلث المال لأن الموصي كان له أن يوصي بثلث ماله فعدل إلى المعين وليس لـه ذلك لأنه يؤدي إلى أن يأخذ الموصى له المعين فينفرد بالتركة على تقدير تلف البـاقي قبل وصـوله إلى الورثة فيقال للورثة: إن رضيتم بذلك وإلا فعودوا إلى ما كان له أن يوصي به وهو الثلث.

ولنا: إنه أوصى بما لا يزيد على الثلث لأجنبي فوقع لازماً كما لو وصى له بمشاع وما قاله لا يصح لأن جعل حقه في قدر الثلث إشاعة وإبطال لما عينه فلا يجوز إسقاط ما عينه الموصي للموصى له ونقل حقه إلى ما لم يوص به كما لو وصى له بمشاع لم يجز نقله إلى معين وكما لو كان المال كله حاضراً أو غائباً إذا ثبت هذا فإن للموصى له ثلث المعين الحاضر وكلما اقتضى من دينه شيء أو حضر من الغائب شيء فللموصى له بقدر ثلثه من الموصى به كذلك حتى يكمل للموصى له الثلث أو يأخذ المعين كله فلو خلف تسعة عيناً وعشرين ديناً وابناً ووصى بالتسعة لرجل فللوصي ثلثها ثلاثة وكلما اقتضى من الدين شيء فللوصي ثلثه فإذا اقتضى ثلثه فله من التسعة واحد حتى يقتضي ثمانية عشر فيكمل له التسعة، وإن جحد الغريم أو مات أو يئس من استيفاء الدين أخذ الورثة الستة الباقية من العين ولو كان الدين تسعة فإن الابن يأخذ ثلث العين ويأخذ الوصي ثلثها ويبقى ثلثها موقوفاً كلما استوفى من الدين شيء فللوصي من العين قدر ثلثه فإذا استوفى الدين كله كمل للموصى له ستة وهي ثلث الجميع وإن كانت الوصية بنصف العين أخذ الوصي ثلثها وأخذ الابن نصفها وبقي سدسها موقوفاً فمتى اقتضى من الدين مثليه كملت الوصية.

فصل: فإن كان الدين مثل العين فوصى لرجل بثلثه فلا شيء له قبل استيفاء الوصية فكلما اقتضى منه شيء فله ثلثه وللابن ثلثاه وهذا أحد قولي الشافعي وقال في الآخر: هو أحق بما يخرج من الدين حتى يستوفي وصيته وهذا قول أهل العراق لأن ذلك يخرج من ثلث المال الحاضر.

ولنا: إن الورثة شركاؤه في الدين وليس معهم شركة في العين فلا يختص بما خرج منه دونهم كما لو كان شريكه في الدين وصياً آخر أو كما لو وصى لرجل بالعين وله ولآخر بالدين فإن المنفرد بوصية الدين لا يختص بما خرج منه له دون صاحبه كذا هاهنا.

فصل: ولو وصى لرجل بثلث ماله وله مائتان ديناً وعبد يساوي مائة ووصى لآخر بثلث العبد اقتسما ثلث العبد نصفين وكلما اقتضى من الدين شيء فللموصى له بثلث المال ربعه وله وللآخر من العبد بقدر ربع ما استوفى بينهما نصفين فإذا استوفى الدين كله كمل للوصي نصف العبد ولصاحب الثلث ربع المائتين وذلك هو ثلث المال وإن استوفى الدين قبل القسمة قسمنا بينهما كذلك للموصى له بالثلث ربع المائتين وربع العبد وللموصى له بثلث العبد ربعه لأن الوصيتين أربعة أتساع المال والجائز منهما ثلث المال وهو ثلاثة أتساع وذلك ثلاثة أرباع وصيتهما فرددنا كل واحد منهما إلى ثلاثة أرباع وصيته وهي ربع المال كله لصاحب ثلثه وربع العبد لصاحب ثلثه وفي المسألة أقوال سوى ما قلناه تركناها لطولها وهذا أسدها إن شاء الله إلا أننا أدخلنا النقص على كل واحد منهما بقدر ماله في الوصية وكملنا لهما الثلث وإن أجيز لهما أخذ كل واحد منهما ما بقي من وصيته وهو ربعها فيكمل ثلث المال لصاحبه وثلث العبد للآخر.

فصل: وإن خالف ابنين وترك عشرة عيناً وعشرة ديناً على أحد ابنيه وهو معسر ووصى لأجنبي بثلث ماله فإن الوصي والابن الذي لا دين عليه يقتسمان العشرة العين نصفين ويسقط عن المدين ثلثا دينه ويبقى لهما عليه ثلثه فإن كانت الوصية بالربع قسمت العشرة العين بينهما أخماساً للموصي خمساها أربعة وللابن ستة وسقط عن المدين ثلاثة أرباع دينه وبقي عليه ربعه فإذا استوفى قسم بينهما أخماساً كما قسم العين لأن الوصية بالربع وهو ثمنان ويبقى ستة أثمان لكل ابن ثلاثة أثمان فصار نصيب الوصي والابن الذي لا دين عليه خمسة أثمان للابن ثلاثة وللوصي سهمان فلذلك قسمنا العين وما حصل لهما من الدين بينهما أخماساً وسقط عن المدين ثلاثة أرباع ما عليه لأنه له ثلاثة أثمان وهي ثلاثة أرباع النصف الذي عليه.

فصل: ونماء العين الموصى بها إن كان متصلاً كالسمن وتعليم صنعة فهو تابع للعين ويكون للموصى له إذا احتمله الثلث، وإن كان منفصلاً كالولد والثمرة في حياة الموصي فهو له يصير إلى ورثته لأنه ملكه وما حدث بعد الموت وقبل القبول فينبني على الملك في الموصى له والصحيح أنه للورثة والآخر هو للموصى له فيكون النماء لمن الملك له والله أعلم بالصواب.

مسألة: قال: (وإذا أوصى بوصايا فيها عتاقة فلم يف الثلث بالكل تحاصوا في الثلث وأدخل النقص على كل واحد منهم بقدر ماله في الوصية).

أما إذا خلت الوصايا من العتق وتجاوزت الثلث ورد الورثة الزيادة فإن الثلث يقسم بين الموصى لهم على قدر وصاياهم ويدخل النقص على كل واحد بقدر ماله من الوصية على مثال مسائل العول إذا زادت الفروض عن المال فلو وصى لرجل بثلث ماله ولآخر بمائة ولآخر بمعين قيمته خمسون ووصى بفداء أسير بثلاثين ولعمارة مسجد بعشرين وثلث ماله مائة جمعت الوصايا كلها فوجدتها ثلاثمائة ونسبت منها الثلث فتجده ثلثها فتعطي كل واحد منهم ثلث وصيته فلصاحب الثلث ثلث المائة وكذلك لصاحب المائة ويرجع صاحب الخمسين إلى ثلثها ولفداء الأسير عشرة ولعمارة المسجد ستة وثلثان فأما إن كان فيها عتق فعن أحمد فيها روايتان.

إحداهما: أن يقسم الثلث بين جميع الوصايا بالعتق وغيره سواء ويقسم بينهم على ما ذكرنا وهذا قول ابن سيرين والشعبي وأبي ثور لأنهم تساووا في سبب الاستحقاق فتساووا فيه كسائر الوصايا. **والرواية الثانية**: يقدم العتق ويبدأ به فإن فضل منه شيء قسم بين سائر أهل الوصايا على قدر وصاياهم وروي هذا عن عمر وبه يقول شريح ومسروق وعطاء والخراساني وقتادة والزهري ومالك والثوري وإسحاق لأن فيه حقاً لله تعالى وحقاً لآدمي فكان آكد ولأنه لا يلحقه فسخ ويلحق غيره ذلك ولأنه أقوى بدليل سرايته ونفوذه من الراهن والمفلس وروي عن الحسن والشافعي كالروايتين.

فصل: والعطايا المعلقة بالموت كقوله: إذا مت فأعطوا فلاناً كذا أو أعتقوا فلاناً ونحوه وصايا حكمها حكم غيرها من الوصايا في التسوية بين مقدمها ومؤخرها والخلاف في تقديم العتق منها بخلاف العطايا المنجزة فإنه يقدم الأول منها فالأول لأنها تلزم بالفعل والمؤخرة تلزم بالموت فتتساوى كلها.

فصل: وإذا أوصى بعتق عبده لزم الوارث إعتاقه فإن أبى أجبره الحاكم عليه لأنه حق وجب عليه فأجبر عليه كتنفيذ الوصية بالعطية فإن أعتقه الوارث أو الحاكم فهو حر من حين أعتقه لأنه حينئذ عتق وولاؤه للموصي لأنه السبب وهؤلاء نواب عنه ولهذا لزمهم إعتاقه كرهاً وإن كانت الوصية بعتقه إلى غير الوارث كان الإعتاق إليه لأنه نائب الموصي في إعتاقه فلم يملك ذلك غيره إذا لم يمتنع منه كالوكيل في الحياة.

مسألة: قال: (ومن أوصى بفرس في سبيل الله وألف درهم تنفق عليه فمات الفرس كانت الألف للورثة وإن أنفق بعضها رد الباقي إلى الورثة).

إنما كان كذلك لأنه عين للوصية جهة فإذا فاتت عاد الموصى به إلى الورثة كما لو أوصى بشراء عبد زيد يعتق فمات العبد أو لم يبعه سيده. وإن أنفق بعض الدراهم ثم مات الفرس بطلت الوصية في الباقي كما لو وصى بشراء عبدين فمات أحدهما قبل شرائه. قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل عن رجل أوصى بألف درهم في السبيل أيجعل في الحج منها شيء؟ فقال: لا. إنما يعرف الناس السبيل الغزو.

فصل: وإذا قال: يخدم عبدي فلاناً سنة ثم هو حر صحت الوصية فإن قال للموصى له بالخدمة: لا أقبل الوصية أو قال: قد وهبت الخدمة له لم يعتق في الحال، وبهذا قال الشافعي. وقال مالك: إن وهب الخدمة للعبد عتق في الحال.

ولنا: إنه أوقع العتق بعد مضي السنة فلم يقع قبله كما لو رد الوصية.

فصل: وإذا أوصى لعمه بثلث ماله ولخاله بعشره فردت وصيتهما فتخاصا في الثلث فأصاب الخال ستة فاضرب الذي أصابه في وصيته وذلك ستة في عشرة تكن ستين واقسمه على الفاضل بينهما يخرج بالقسم خمسة عشر فهي الثلث، وإن شئت قلت: قد أصاب الخال ثلاثة أخماس وصيته يبقى من الثلث خمساه وهي تعدل ما أصاب الخال فزد على ما أصاب الخال مثل نصفه وهو ثلثه يصر تسعة فهي للذي أصاب العم، وإن قال: أصاب العم الربع فقد أصابه ثلاثة أرباع وصيته وبقي من الثلث نصف سدس يعدل ثلاثة أرباع وصية الخال وذلك سبعة ونصف وللعم ثلاثة أمثالها اثنان وعشرون ونصف والمال كله تسعون، وإن قال: أصاب الخال خمس المال فقد بقي من الثلث خمساه للعم فيكون الحاصل للخال خمسا وصيته أيضاً وذلك

أربعة دنانير ووصية العم مثل ثلثيها ديناران وثلثان والثلث كله ستة وثلثان والمال كله عشرون فإن كان معهما وصية بسدس المال وأصاب الخال ستة فهي ثلاثة أخماس وصيته فلكل واحد من الآخرين ثلاثة أخماس وصيته وذلك تسعة أعشار الثلث يبقى منه عشرة تعدل ما حصل للعم وهو ستة. والثلث ستون، وإن أصاب صاحب السدس عشر المال فقد أصاب صاحب الثلث خمسه يبقى من الثلث أيضاً عشره فهو وصية الخال وذلك ثلاثة أخماس وصيته ستة فيكون الثلث ستين كما ذكرنا نوع آخر: خلف ثلاثة بنين ووصى لعمه بمثل نصيب أحدهم إلا ثلث وصية خاله ولخاله بمثل نصيب أحدهم إلا ربع وصية عمه فاضرب مخرج الثلث في مخرج الربع يكن اثني عشر انقصها سهماً يبقى أحد عشر فهي نصيب ابن انقصها سهمين يبقى تسعة فهي وصية الخال وإن نقصتها ثلاثة بقي ثمانية فهي وصية العم وبالجبر تجعل مع العم أربعة دراهم ومع الخال ثلاثة دنانير ثم تزيد على الدراهم ديناراً وعلى الدنانير درهماً يبلغ كل واحد منهما نصيباً اجبر وقابل واسقط المشترك يبقى معك ديناران تعدل ثلاثة دراهم فاقلب وحول تصر الدراهم ثمانية والدنانير تسعة كما قلنا: وإن أوصى لعمه بعشرة إلا ربع وصية خاله ولخاله بعشرة إلا خمس وصية عمه فاضرب مخرج الربع في مخرج الخمس يكن عشرين انقصها سهماً تكن تسعة عشر فهي المقسوم عليه ثم اجعل مع الخال أربعة وانقصها سهماً يبقى ثلاثة اضربها في العشرة ثم فيما مع العم وهو خمسة يكن مائة وخمسين اقسمها على تسعة عشر يخرج سبعة وسبعة عشر جزءاً من تسعة عشر فهي وصية عمه واجعل مع العم خمسة وانقصها سهماً واضربها في عشرة ثم في أربعة تكن مائة وستين واقسمها تكن ثمانية وثمانية أجزاء فهي وصية خاله.

طريق آخر: تنقص من العشرة ربعها وتضرب الباقي في العشرين ثم تقسمها على تسعة عشر وتنقص منها خمسها وتضرب الباقي في عشرين وتقسمها وبالجبر تجعل وصية الخال ستة ووصية العم عشرة إلا ربع شيء فخذ خمسها فزده على الشيء وهو سهمان إلا نصف عشر شيء يعدل عشرة فاسقط المشترك من الجانبين تصر ثمانية وثمانية أجزاء من تسعة عشر إذا أسقطت ربعها من العشرة بقيت سبعة وسبعة عشر جزءاً، وإن وصى لعمه بعشرة إلا نصف وصية خاله ولخاله بعشرة إلا ثلث وصية جده ولجده بعشرة إلا ربع وصية عمه فوصية عمه ستة وخمسان ووصية خاله سبعة وخمس ووصية جده ثمانية وخمسان وبابها أن تضرب المخارج بعضها في بعض فتضرب اثنين في ثلاثة في أربعة تكن أربعة وعشرين تزيدها واحداً تكن خمسة وعشرين فهذا هو المقسوم عليه ثم تنقص من الاثنين واحداً وتضرب واحداً في ثلاثة ثم تزيدها واحداً وتضربها في أربعة تكن ستة عشر ثم اضربها في عشرة تكن مائة وستين واقسمها على خمسة وعشرين يخرج بالقسم ستة وخمسان فهي وصية العم وانقص الثلاثة واحد يبقى اثنان واضربها في الأربعة تكن ثمانية زدها واحداً واضربها في اثنين ثم في عشرة تكن مائة وثمانين واقسمها على خمسة وعشرين

ثم انقص من الأربعة واحداً واضرب ثلاثة في اثنين ثم زدها واحداً تكن سبعة اضربها في ثلاثة ثم في عشرة تكن مائتين وعشرة مقسومة على خمسة وعشرين.

طريق آخر: تجعل مع العم أربعة أشياء ومع الخال دينارين ومع الجد ثلاثة دراهم ثم تضم إلى ما مع العم ديناراً أو إلى ما مع الخال درهماً وتقابل ما مع أحدهما بما مع الآخر وتسقط المشترك فيصير أربعة أشياء تعدل ديناراً ودرهماً فاسقط لفظة الأشياء واجعل مكانها ديناراً أو درهماً ثم قابل ما مع الخال بما مع الجد بعد الزيادة وهو ديناران ودرهم مع الخال ثلاثة دراهم وربع درهم وربع دينار مع الجد فإذا أسقطت المشترك بقي درهمان وربع معادلة للدينار وثلاثة أرباع فابسط الكل أرباعاً تصر سبعة أرباع من الدينار تعدل تسعة من الدراهم فاقلب واجعل الدراهم سبعة والدينار تسعة ثم ارجع إلى ما فرضت فتجد مع العم درهماً وديناراً بستة عشر ومع الخال ثمانية عشر ومع الجد أحد وعشرون والعشرة الكاملة خمس وعشرون والستة عشر منها ستة وخمسان والثمانية عشر سبعة وخمس والأحد وعشرون ثمانية وخمسان فإن كان معهم أخ ووصية الجد عشرة إلا ربع ما مع الأخ. ووصية الأخ عشرة إلا خمس ما مع العم فبهذه الطريق تجعل مع العم خمسة أشياء ومع الخال دينارين ومع الجد ثلاثة دراهم ومع الأخ أربعة أفلس ثم تقابل ما مع العم بما مع الخال كما ذكرنا وتجعل الأشياء ديناراً ودرهماً ثم تقابل ما مع الخال بما مع الجد فتجعل الدينارين درهمين وفلساً ثم تقابل ما مع الجد بما مع الأخ فتخرج الفلس ستة وعشرين والدرهم أحداً وثلاثين والدينار أربعة وأربعين فتبين أن مع العم خمسة وسبعين ومع الخال ثمانية وثمانين ومع الجد ثلاثة وتسعون ومع الأخ مائة وأربعة، إذا زدت على ما مع كل واحد ما استثنيته منه صار معه مائة وتسع عشرة وهي العشرة الكاملة فصارت وصية العم ستة وستة وثلاثين جزءاً ووصية الخال سبعة وسبعة وأربعين جزءاً ووصية الجد سبعة وسبعة وتسعين جزءاً ووصية الأخ ثمانية وثمانية وثمانين جزءاً وبطريق الباب تضرب المخارج بعضها في بعض تكن مائة وعشرين تنقصها واحداً يبقى مائة وتسعة عشر فهذا المقسوم عليه ثم تنقص الاثنين واحداً وتضربه في ثلاثة ثم تزيدها واحداً وتضربها في أربعة تكن ستة عشر تنقصها واحداً وتضربها في خمسة تكن خمسة وسبعين فهذه وصية العم تضربها في عشرة ثم تقسمها على تسعة عشر تكن ستة وثلاثين جزءاً ثم تنقص الثلاثة واحداً وتضربها في أربعة وتزيدها واحداً وتضربها في خمسة تكن خمسة وأربعين تنقصها واحداً وتضربها في اثنين تكن ثمانية وثمانين فهذه وصية الخال ثم تنقص الأربعة واحداً وتضربها في خمسة تكن خمسة عشر وتزيدها واحداً وتضربها في اثنين تكن اثنين وثلاثين تنقصها واحداً وتضربها في ثلاثة تكن ثلاثة وتسعين فهذه وصية الجد ثم تنقص الخمسة واحداً وتضربها في اثنين تكن ثمانية تزيدها واحداً وتضربها في ثلاثة تكن سبعة وعشرين تنقصها واحداً وتضربها في أربعة تكن مائة وأربعة فهي وصية الأخ وفي ذلك تضرب العدد الذي مع كل واحد منهم وتقسمه على تسعة عشر فالخارج بالقسم هو وصيته ولو وصى

لعمه بعشرة ونصف وصية خاله وللخاله بعشرة وثلث وصية عمه كانت وصية العم ثمانية عشر ووصية الخال ستة عشر وبابها أن تضرب أحد المخرجين في الآخر وانقصه واحداً فهو المقسوم عليه ثم تزيد مخرج النصف واحداً وتضربه في مخرج الثلث ثم في عشرة تكن تسعين مقسومة على خمسة عشر تكن ثمانية عشر ثم تزيد مخرج الثلث واحداً وتضربه في مخرج النصف ثم في عشرة تكن ثمانين مقسومة على خمسة فإن كان معهما آخر ووصى للخال بعشرة وربع وصيته ووصى له بعشرة وربع وصية العم ضربت المخارج ونقصتها واحداً تكن ثلاثة وعشرين فهي المقسوم عليه ثم تزيد الاثنين واحداً وتضربها في ثلاثة تكن تسعة فزدها واحداً واضربها في أربعة تكن أربعين في عشرة ثم اقسمها تخرج سبعة عشر وتسعة أجزاء فهي وصية العم ثم تصنع في الباقين كما ذكرنا فتكون وصية الخال أربعة عشر وثمانية عشر جزءاً ووصية الثالث أربعة عشر وثمانية أجزاء وإن شئت بعدما عملت وصية العم فاضرب الزائد من وصيته في اثنين فهو وصية الخال واضرب الزائد عن العشرة من وصية الخال في ثلاثة فهي وصية العم ومتى عرفت ما مع واحد منهم أمكنك معرفة ما مع الآخرين والله أعلم وهذا القدر من هذا الفن يكفي فإن الحاجة إليه قليلة وفروعه كثيرة طويلة وغيرها أهم منها والله تعالى يوفقنا لما يرضيه إنه على ما يشاء قدير.

كتاب الفرائض

روى أبو داود بإسناده عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله ﷺ قال: «العلم ثلاثة وما سوى ذلك فهو فضل: آية محكمة، وسنة قائمة، وفريضة عادلة» وعن أبي هريرة أن النبيّ ﷺ قال: «تعلموا الفرائض وعلموه فإنه نصف العلم وهو ينسى وهو أول شيء ينتزع من أمتي» أخرجه ابن ماجة، ويروى عن عبد الله أن النبيّ ﷺ قال: «تعلموا الفرائض وعلموها الناس فإني امرؤ مقبوض وإن العلم سيقبض حتى يختلف الرجلان في الفريضة فلا يجدان من يفصل بينهما» وروى سعيد عن جرير بن عبد الحميد عن الأعمش عن إبراهيم قال: قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: تعلموا الفرائض فإنها من دينكم وعن جرير عن عاصم الأحول عن مورق العجلي قال: قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: تعلموا الفرائض واللحن والسنة كما تعلمون القرآن. وقال: حدثنا أبو الأحوص أخبرنا أبو إسحاق عن أبي الأحوص عن عبد الله قال: من تعلم القرآن فليتعلم الفرائض.

وروى جابر بن عبد الله قال: جاءت امرأة سعد بن الربيع إلى رسول الله ﷺ بابنتيها من سعد فقالت: يا رسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك في أحد شهيداً وإن عمهما أخذ مالهما ولا ينكحان إلا ولهما مال قال: فنزلت آية الميراث فأرسل رسول الله ﷺ إلى عمهما فقال: «اعط ابنتي سعد الثلثين وأمهما الثمن وما بقي فهو لك» رواه أحمد في مسنده.

مسألة: قال أبو القاسم رحمه الله: (ولا يرث أخ ولا أخت لأب وأم أو لأب مع ابن ولا مع ابن ابن وإن سفل ولا مع أب).

أجمع أهل العلم على هذا بحمد الله وذكر ذلك ابن المنذر وغيره، والأصل في هذا قول الله تعالى: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ﴾ [النساء: ١٧٦] والمراد بذلك الإخوة والأخوات

من الأبوين أو من الأب بلا خلاف بين أهل العلم، ولأنه قال: وهو يرثها إن لم يكن لها ولد وهذا حكم العصبة واقتضت الآية أنهم لا يرثون مع الولد والوالد لأن الكلالة من لا ولد له ولا والد، خرج من ذلك البنات والأم لقيام الدليل على ميراثهم معهما بقي ما عداهما على ظاهره، فيسقط ولد الأبوين ذكرهم وأنثاهم بثلاثة بالابن وابن الابن وإن سفل وبالأب، ويسقط ولد الأب بهؤلاء الثلاثة وبالأخ من الأبوين لما روي عن علي عليه السلام أن رسول الله ﷺ قضى بالدين قبل الوصية ولأن أعيان بني الأم يتوارثون دون بني العلات ويرث الرجل أخاه لأبيه وأمه دون أخيه لأبيه. أخرجه الترمذي.

مسألة: قال: (ولا يرث أخ ولا أخت لأم مع ولد ذكراً كان الولد أو أنثى ولا مع ولد الابن ولا مع أب ولا مع جد).

وجملة ذلك: أن ولد الأم ذكرهم وأنثاهم يسقطون بأربعة بالولد وولد الابن والأب والجد أب الأب وإن علا، أجمع على هذا أهل العلم فلا نعلم أحداً منهم خالف هذا إلا رواية شذت عن ابن عباس في أبوين وأخوين لأم للأم الثلث وللأخوين الثلث، وقيل عنه: لهما ثلث الباقي وهذا بعيد جداً قال ابن عباس: يسقط الإخوة كلهم بالجد فكيف يورث ولد الأم مع الأب؟ ولا خلاف بين أهل العلم في أن ولد الأم يسقطون بالجد فكيف يرثون مع الأب؟ والأصل في هذه الجملة قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ٱلسُّدُسُ فَإِنْ كَانُوٓا أَكْثَرَ مِنْ ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ﴾ [النساء: ١٢] والمراد بهذه الآية الأخ والأخت من الأم بإجماع أهل العلم، وفي قراءة سعد بن أبي وقاص وله أخ أو أخت من أم، والكلالة في قول الجمهور: من ليس له ولد ولا والد فشرط في توريثهم عدم الولد والوالد، والولد يشمل الذكر والأنثى والوالد يشمل الأب والجد.

فصل: اختلف أهل العلم في الكلالة فقيل: الكلالة اسم للورثة ما عدا الوالدين والمولودين نص أحمد على هذا، وروي عن أبي بكر الصدِّيق رضي الله عنه أنه قال: الكلالة من عدا الولد والوالد واحتج من ذهب إلى هذا بقول الفرزدق في بني أمية:

ورثتم قناة المجد لا عن كلالة ... عن ابني مناف عبد شمس وهاشم

واشتقاقه من الإكليل الذي يحيط بالرأس ولا يعلو عليه فكأن الورثة ما عدا الولد والوالد قد أحاطوا بالميت من حوله لا من طرفيه أعلاه وأسفله كإحاطة الإكليل بالرأس فأما الوالد والولد فهما طرفا الرجل فإذا ذهبا كان بقية النسب كلالة قال الشاعر:

فكيف بأطرافي إذا ما شتمتني ... وما بعد شتم الوالدين صلوح

وقالت طائفة: الكلالة اسم للميت نفسه الذي لا ولد له ولا والد يـروى ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود، وقيل: الكلالـة قرابـة الأم واحتجوا بقـول الفرزدق الـذي أنشدنـاه، عنى أنكم ورثتم الملك عن آبائكم لا عن أمهاتكم، ويـروى عن الزهـري أنه قـال: الميت الذي لا ولد له ولا والد كلالة ويسمى وارثه كلالة والآيتان في سورة النساء والمراد بـالكلالـة فيهما الميت ولا خلاف في أن اسم الكلالة يقع على الإخوة من الجهات كلها، وقد دل على صحة ذلك قول جابر: يا رسول الله كيف الميراث؟ إنما يـرثني كلالـة فجعل الـوارث هو الكـلالة ولم يكن لجـابر يومئذ ولد ولا والد، وممن ذهب إلى أنه يشترط في الكلالة عدم الولـد والوالـد زيد وابن عبـاس وجابر بن زيد والحسن وقتادة والنخعي وأهل المدينة والبصرة والكوفـة، ويروى عن ابن عبـاس أنه قال: الكلالة من لا ولد له، ويروى ذلك عن عمر والصحيح عنهما كقول الجماعة.

مسألة: قـال: (والأخوات مـع البنات عصبـة لهن ما فضـل وليست لهن معهن فريضـة مسماة).

العصبة هو الوارث بغير تقدير وإذا كان معه ذو فرض أخذ ما فضل عنـه قل أو كـثر وإن انفرد أخذ الكـل، وإن استغرقت الفـروض المال سقط والمـراد بالأخـوات هاهنـا الأخوات من الأبوين أو من الأب لأنه قد ذكر أن ولد الأم لا ميراث لهم مع الولد وهذا قول عامة أهل العلم يروى ذلك عن عمر وعلي وزيـد وابن مسعود ومعـاذ وعائشـة رضي الله عنهم وإليه ذهب عـامة الفقهاء إلا ابن عباس ومن تابعه فإنه يروى عنه أنـه كان لا يجعـل الأخوات مـع البنات عصبـة فقال في بنت وأخت: للبنت النصف ولا شيء للأخت فقيـل له: إن عمـر قضى بخلاف ذلـك جعل للأخت النصف فقال ابن عباس: أنتم أعلم أم الله؟ يريد قول الله سبحانـه: ﴿إِنِ ٱمْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾ [النساء: ١٧٦] فإنما جعل لهـا الميراث بشرط عـدم الولـد، والحق فيما ذهب إليـه الجمهور فـإن ابن مسعـود قـال في بنت وبنت ابن وأخت: لأقضيـن فيها بقضـاء رسول الله ﷺ للبنت النصف ولبنت الابن السـدس ومـا بقي فللأخت، رواه البخاري وغيره واحتجاج ابن عباس لا يدل على ما ذهب إليه بـل يدل عـلى أن الأخت لا يفـرض لها النصف مـع الولـد ونحن نقول بـه فإن مـا تأخـذه مع البنت ليس بفـرض وإنما هـو بالتعصيب كميراث الأخ وقـد وافق ابن عباس عـلى ثبوت مـيراث الأخ مع الـولد مـع قول الله تعالى: ﴿وَهُوَ يَرِثُهَا إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ﴾ [النساء: ١٧٦] وعلى قياس قولـه ينبغي أن يسقط الأخ لاشتراطه في توريثه منها عدم ولدها وهو خلاف الإجمـاع ثم إن النبيّ ﷺ وهو المبـين لكلام الله تعالى قد جعل للأخت مع البنت وبنت الابن الباقي عن فـرضهما وهـو الثلث ولو كـانت ابنتان وبنت ابن لسقطت بنت الابن وكان للأخت الباقي وهو الثلث فإن كان معهم أم فلها السـدس ويبقى للأخت السدس فإن كان بدل الأم زوج فالمسـألة من اثني عشر للزوج الـربع ولـلابنتين الثلثان ويبقى للأخت نصف السدس فإن كان معهم أم عالت المسألة وسقطت الأخت.

مسألة: قال: (وبنات الابن بمنزلة البنات إذا لم يكن بنات).

أجمع أهل العلم على أن بنات الابن بمنزلة البنات عند عدمهن في إرثهن وحجبهن لمن يحجبه البنات وفي جعل الأخوات معهن عصبات وفي أنهن إذا استكملن الثلثين سقط من أسفل منهن من بنات الابن وغير ذلك، والأصل في ذلك قول الله عز وجل: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ فَإِن كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾ [النساء: ١١] وولد البنين أولاد قال الله تعالى: ﴿يَا بَنِي آدَمَ﴾ يخاطب بذلك أمة محمد ﷺ وقال: ﴿يَا بَنِي إِسْرَائِيلَ﴾ يخاطب بذلك من في عصر النبيّ ﷺ منهم، وقال الشاعر:

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأباعد

مسألة: قال: (فإن كن بنات وبنات ابن فللبنات الثلثان وليس لبنات الابن شيء إلا أن يكون معهن ذكر فيعصبهن فيما بقي للذكر مثل حظ الأنثيين).

أجمع أهل العلم على أن فرض الابنتين الثلثان إلا رواية شاذة عن ابن عباس: أن فرضهما النصف لقول الله تعالى: ﴿فَإِن كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾ [النساء: ١١] فمفهومه أن ما دون الثلاث ليس لهما الثلثان، والصحيح قول الجماعة فإن النبيّ ﷺ قال لأخي سعد بن الربيع: «أعط ابنتي سعد الثلثين» وقال الله تعالى في الأخوات: ﴿فَإِن كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ﴾ [النساء: ١٧٦] وهذا تنبيه على أن للبنتين الثلثين لأنهما أقرب ولأن كل من يرث الواحد منهم النصف فللاثنتين منهم الثلثان كالأخوات من الأبوين والأخوات من الأب وكل عدد يختلف فرض واحدهم وجماعتهم فللاثنين منهم مثل فرض الجماعة كولد الأم والأخوات من الأبوين أو من الأب فأما الثلاث من البنات فما زاد فلا خلاف في أن فرضهن الثلثان وأنه ثابت بقول الله تعالى: ﴿فَإِن كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾ [النساء: ١١].

واختلف فيما ثبت به فرض الابنتين فقيل: ثبت بهذه الآية والتقدير: فإن كن نساء اثنتين وفوق صلة كقوله: ﴿فَاضْرِبُوا فَوْقَ الْأَعْنَاقِ﴾ [الأنفال: ١٢] أي اضربوا الأعناق. وقد دل على هذا أن النبيّ ﷺ حين نزلت هذه الآية أرسل إلى أخي سعد بن الربيع: «أعط ابنتي سعد الثلثين» وهذا من النبيّ ﷺ تفسير للآية وبيان لمعناها واللفظ إذا فسر كان الحكم ثابتاً بالمفسر لا بالتفسير ويدل على ذلك أيضاً أن سبب نزول الآية قصة بنتي سعد بن الربيع وسؤال أمهما عن شأنهما في ميراث أبيهما، وقيل: بل ثبت بهذه السنة الثابتة وقيل: بل ثبت بالتنبيه الذي ذكرناه وقيل: بل ثبت بالإجماع وقيل: بالقياس، وفي الجملة فهذا حكم قد أجمع عليه وتواردت عليه الأدلة التي ذكرناها كلها فلا يضرنا أيها أثبته. وأجمع أهل العلم على أن بنات الصلب متى

استكملن الثلثين سقط بنات الابن ما لم يكن بإزائهن أو أسفل منهن ذكر يعصبهن وذلك لأن الله تعالى لم يفرض للأولاد إذا كانوا نساء إلا الثلثين قليلات كن أو كثيرات وهؤلاء لم يخرجن عن كونهن نساء من الأولاد وقد ذهب الثلثان لولد الصلب فلم يبق لهن شيء ولا يمكن أن يشاركن بنات الصلب لأنهن دون درجتهن فإن كان مع بنات الابن ابن في درجتهن كأخيهن أو ابن عمهن أو أنزل منهن كابن أخيهن أو ابن ابن عمهن أو ابن ابن ابن عمهن عصبهن في الباقي فجعل بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين وهذا قول عامة العلماء. يروى ذلك عن علي وزيد وعائشة رضي الله عنهم وبه قال مالك والثوري والشافعي رضي الله عنهم وإسحاق وأصحاب الرأي وبه قال سائر الفقهاء إلا ابن مسعود ومن اتبعه فإنه خالف الصحابة في ست مسائل من الفرائض هذه إحداهن فجعل الباقي للذكر دون أخواته وهو قول أبي ثور لأن النساء من الأولاد لا يرثن أكثر من الثلثين بدليل ما لو انفردن وتوريثهن هاهنا يفضي إلى توريثهن أكثر من ذلك.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿يُوصِيكُم اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١] وهؤلاء يدخلون في عموم هذا اللفظ بدليل تناوله لهم لو لم يكن بنات، وعدم البنات لا يوجب لهم هذا الاسم، ولأن كل ذكر وأنثى يقتسمون المال إذا لم يكن معهم ذو فرض فيجب أن يقتسما الفاضل عنه كأولاد الصلب والإخوة مع الأخوات، وما ذكروه فهو في الاستحقاق للفرض، فأما في مسألتنا فإنما يستحقون بالتعصيب فكان معتبراً بأولاد الصلب والإخوة والأخوات ثم ويبطل ما ذكروه بما إذا خلف ابناً وست بنات فإنهن يأخذن ثلاثة أرباع المال، وإن كن ثمانياً أخذن أربعة أخماسه وإن كن عشراً أخذن خمسة أسداسه وكلما زدن في العدد زاد استحقاقهن.

فصل: وابن ابن الابن يعصب من في درجته من أخواته وبنات عمه وبنات ابن عم أبيه على كل حال، ويعصب من هو أعلى منه من عماته وبنات عم أبيه ومن فوقهن بشرط أن لا يكن ذوات فرض ويسقط من هو أنزل منه كبناته وبنات أخيه وبنات ابن عمه. فلو خلف الميت خمس بنات ابن بعضهن أنزل من بعض لا ذكر معهن وعصبة كان للعليا النصف وللثانية السدس وسقط سائرهن والباقي للعصبة فإن كان مع العليا أخوها أو ابن عمها فالمال بينهما على ثلاثة وسقط سائرهن، فإن كان مع الثانية عصبها وكان للعليا النصف والثانية السدس والباقي بينه وبين الثانية على ثلاثة، فإن كان مع الثالثة فللعليا النصف وللثانية السدس والباقي بينه وبين الثالثة على ثلاثة، فإن كان مع الرابعة فللعليا النصف وللثانية السدس والباقي بينه وبين الثالثة والرابعة على أربعة، فإن كان مع الخامسة فالباقي بعد فرض الأولى والثانية بينه وبين الثالثة والرابعة والخامسة على خمسة وتصح من ثلاثين، وإن كان أنزل من الخامسة فكذلك ولا أعلم في هذا خلافاً بين القائلين بثبوت تعصيب بنات الابن مع بني الابن بعد استكمال الثلثين.

مسألة: قال: (فإن كانت ابنة واحدة وبنات ابن فلابنة الصلب النصف ولبنات الابن واحدة كانت أو أكثر من ذلك السدس تكملة الثلثين إلا أن يكون معهن ذكر فيعصبهن فيما بقي للذكر مثل حظ الأنثيين).

في هذه المسألة ثلاثة أحكام:

أحدها: أن للبنت الواحدة النصف ولا خلاف في هذا بين علماء المسلمين لقول الله تعالى: ﴿**وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ**﴾ [النساء: ١١] ولأن النبيّ ﷺ قضى في بنت وبنت ابن وأخت أن للبنت النصف ولبنت الابن السدس وما بقي فللأخت.

الثاني: أنه إذا كان مع البنت الواحدة بنت ابن أو بنات ابن فللبنت النصف ولبنات الابن واحدة كانت أو أكثر من ذلك السدس تكملة الثلثين وهذا أيضاً مجمع عليه بين العلماء. والأصل فيه قول الله تعالى: ﴿**فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ**﴾ [النساء: ١١] ففرض للبنات كلهن الثلثين وبنات الصلب وبنات الابن كلهن نساء من الأولاد فكان لهن الثلثان بفرض الكتاب لا يزدن عليه، واختصت بنت الصلب بالنصف لأنه مفروض لها والاسم متناول لها حقيقة فيبقى للبقية تمام الثلثين، ولهذا قال الفقهاء: لهن السدس تكملة الثلثين، وقد روى هزيل بن شرحبيل الأودي قال: سئل أبو موسى عن ابنة وابنة ابن وأخت فقال: للبنت النصف وما بقي فللأخت. فأتى ابن مسعود وأخبره بقول أبي موسى فقال: لقد ضللت إذاً وما أنا من المهتدين ولكن أقضي فيها بقضاء رسول الله ﷺ للبنت النصف ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين وما بقي فللأخت. فأتينا أبا موسى فأخبرناه بقول ابن مسعود فقال: لا تسألوني عن شيء ما دام الحبر فيكم متفق عليه بنحو من هذا المعنى.

الحكم الثالث: إذا كان مع بنات الابن ذكر في درجتهن فإنه يعصبهن فيما بقي للذكر مثل حظ الأنثيين في قول جمهور الفقهاء من الصحابة ومن بعدهم إلا ابن مسعود فيمن تابعه فإنه خالف الصحابة فيها وهذه المسألة الثانية التي انفرد فيها عن الصحابة فقال: لبنات الابن الأضر بهن من المقاسمة أو السدس فإن كان السدس أقل مما يحصل لهن بالمقاسمة فرضه لهن وأعطى الباقي للذكر، وإن كان الحاصل لهن بالمقاسمة أقل قاسم بهن، وبنى ذلك على أصله في أن بنت الابن لا يعصبها أخوها إذا استكمل البنات الثلثين إلا أنه ناقص في المقاسمة إذا كان أضر بهن وكان ينبغي أن يعطيهن السدس على كل حال.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿**يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ**﴾ [النساء: ١١] ولأنه يقاسمها لو لم يكن غيرهما فقاسمها مع بنت الصلب كما لو كانت المقاسمة أضر بهن وأصله الذي بنى عليه فاسد كما قدمنا.

فصل: وحكم بنات ابن الابن مع بنات الابن حكم بنات الابن مع بنات الصلب في جميع ما ذكرنا في هاتين المسألتين وفي أنه متى استكمل من فوق السفلى الثلثين سقطت إذا لم يكن لها من يعصبها سواء كمل الثلثان لمن في درجة واحدة أو للعليا أو التي تليها وكذلك كل من نزلت درجته مع من هو أعلى منه وقد مثلنا ذلك في المسألة التي ذكرنا في آخر المسألة التي قبل هذه.

مسألة: قال: **(والأخوات من الأب بمنزلة الأخوات من الأب والأم إذا لم يكن أخوات لأب وأم فإن كان أخوات لأب وأم وأخوات لأب فللأخوات من الأب والأم الثلثان وليس للأخوات من الأب شيء إلا أن يكون معهن ذكر فيعصبهن فيما بقي للذكر مثل حظ الأنثيين، فإن كانت أخت واحدة لأب وأم وأخوات لأب فللأخت للأب والأم النصف وللأخوات من الأب واحدة كانت أو أكثر من ذلك السدس تكملة الثلثين إلا أن يكون معهن ذكر فيعصبهن فيما بقي للذكر مثل حظ الأنثيين)**.

وهذه الجملة كلها مجمع عليها بين علماء الأمصار إلا ما كان من خلاف ابن مسعود ومن تبعه لسائر الصحابة والفقهاء في ولد الأب إذا استكمل الأخوات من الأبوين الثلثين فإنه جعل الباقي للذكر من ولد الأب دون الإناث، فإن كانت أخت واحدة من أبوين وإخوة وأخوات من أب جعل للإناث من ولد الأب الأضر بهن من المقاسمة أو السدس وجعل الباقي للذكور كفعله في ولد الابن مع البنات على ما مر تفصيله وشرحه وقد سبق ذكر حجته وجوابها بما يغني عن إعادته. فأما فرض الثلثين للأختين فصاعداً والنصف للواحدة المفردة فثابت بقول الله تعالى: ﴿**يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ**﴾ [النساء: ١٧٦] والمراد بهذه الآية ولد الأبوين وولد الأب بإجماع أهل العلم، وروى جابر قال: قلت يا رسول الله كيف أصنع في مالي ولي أخوات؟ قال: فنزلت آية الميراث: ﴿**يستفتونك قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ**﴾ [النساء: ١٧٦] رواه أبو داود وروي أن جابراً اشتكى وعنده سبع أخوات فقال النبيّ ﷺ: «قد أنزل الله في أخواتك» فبين لهن الثلثين وما زاد على الأختين في حكمهما لأنه إذا كان للأختين الثلثان فالثلاث أختان فصاعداً، وأما سقوط الأخوات من الأب باستكمال ولد الأبوين الثلثين فلأن الله تعالى إنما فرض للأخوات الثلثين فإذا أخذه ولد الأبوين لم يبق مما فرضه الله تعالى للأخوات شيء يستحقه ولد الأب فإن كانت واحدة من الأبوين فلها النصف بنص الكتاب وبقي من الثلثين المفروضة للأخوات سدس يكمل به الثلثان فيكون للأخوات للأب ولذلك قال الفقهاء: لهن السدس تكملة الثلثين فإن كان ولد الأب ذكوراً وإناثاً فالباقي بينهم لقول الله تعالى: ﴿**وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ**

حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١٧٦] ولا يفارق ولد الأب مع ولد الأبوين ولد الابن مع ولد الصلب إلا في أن بنت الابن يعصبها ابن أخيها ومن هو أنزل منها، والأخت من الأب لا يعصبها إلا أخوها، فلو استكمل الأخوات من الأبوين الثلثين وثم أخوات من أب وابن أخ لهن لم يكن للأخوات للأب شيء وكان الباقي لابن الأخ. لأن ابن الابن وإن نزل ابن وابن الأخ ليس بأخ.

فصل: أربعة من الذكور يعصبون أخواتهم فيمنعونهن الفرض ويقتسمون ما ورثوا للذكر مثل حظ الأنثيين وهم الابن وابن الابن وإن نزل والأخ من الأبوين والأخ من الأب وسائر العصبات ينفرد الذكور بالميراث دون الإناث وهم بنو الأخ والأعمام وبنوهم وذلك لقول الله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١] فهذه الآية تناولت الأولاد وأولاد الابن وقال تعالى: ﴿وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١٧٦] فتناولت ولد الأبوين وولد الأب وإنما اشتركوا لأن الرجال والنساء كلهم وراث فلو فرض للنساء فرض أفضى إلى تفضيل الأنثى على الذكر أو مساواتها إياه أو إسقاطه بالكلية فكانت المقاسمة أعدل وأولى، وسائر العصبات ليس أخواتهم من أهل الميراث فإنهن لسن بذوات فرض ولا يرثن منفردات فلا يرثن مع أخواتهن شيئاً وهذا لا خلاف فيه بحمد الله ومنته.

مسألة: قال: (وللأم الثلث إذا لم يكن إلا أخ واحد أو أخت واحدة ولم يكن له ولد ولا ولد ابن فإن كان له ولد أو أخوان أو أختان فليس لها إلا السدس).

وجملة ذلك: أن للأم ثلاثة أحوال: حال ترث فيها الثلث بشرطين. **أحدهما**: عدم الولد وولد الابن من الذكور والإناث. **والثاني**: عدم الابنين فصاعداً من الإخوة والأخوات من أي الجهات كانوا ذكوراً أو إناثاً أو ذكوراً وإناثاً فلها في هذه الحال الثلث بلا خلاف نعلمه بين أهل العلم. **الحال الثاني**: لها السدس إذا لم يجتمع الشرطان بل كان للميت ولد أو ولد ابن أو اثنان من الإخوة والأخوات في قول جمهور الفقهاء، وقال ابن عباس: لا يحجب الأم عن الثلث إلى السدس من الإخوة والأخوات إلا ثلاثة وحكي ذلك عن معاذ لأن الله تعالى قال: ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ﴾ [النساء: ١١] وأقل الجمع ثلاثة، وروي أن ابن عباس قال لعثمان رضي الله عنه: ليس الأخوان إخوة في لسان قومك فلم تحجب بهما الأم؟ فقال: لا أستطيع أن أرد شيئاً كان قبلي ومضى في البلدان وتوارث الناس به.

ولنا: قول عثمان هذا فإنه يدل على أنه إجماع ثم قبل مخالفة ابن عباس ولأن كل حجب يتعلق بعدد كان أوله اثنين كحجب البنات بنات الابن والأخوات من الأبوين الأخوات من الأب، والإخوة تستعمل في الاثنين قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ

حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١٧٦] وهذا الحكم ثابت في أخ وأخت، ومن أهل اللغة من يجعل الاثنين جمعاً حقيقة ومنهم من يستعمله مجازاً فيصرف إليه بالدليل ولا فرق في حجبها بين الذكر والأنثى لقوله تعالى: ﴿إِخْوَةٌ﴾ وهذا يقع على الجميع بدليل قوله: ﴿وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً﴾ [النساء: ١٧٦] ففسرهم بالرجال والنساء. **الحال الثالث**: إذا كان زوج وأبوان أو امرأة وأبوان فللأم ثلث الباقي بعد فرض الزوجين، وهذه يأتي ذكرها إن شاء الله تعالى.

مسألة: قال: (وليس للأب مع الولد الذكر أو ولد الابن إلا السدس فإن كن بنات كان له ما فضل).

يعني والله أعلم كان له ما فضل بعد أن يفرض له السدس فيكون له ثلاث أحوال: حال يرث فيها بالفرض وهي مع الابن أو ابن الابن وإن سفل فليس له إلا السدس والباقي للابن ومن معه لا نعلم في هذا خلافاً وذلك لقول الله تعالى: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ وإِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ﴾ [النساء: ١١].

الحال الثانية: يرث فيها بالتعصيب المجرد وهي مع غير الولد فيأخذ المال إن انفرد، وإن كان معه ذو فرض غير الولد كزوج أو أم أو جدة فلذي الفرض فرضه وباقي المال له لقول الله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾ [النساء: ١١] فأضاف الميراث إليهما ثم جعل للأم الثلث فكان الباقي للأب ثم قال: ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ﴾ [النساء: ١١] فجعل للأم مع الإخوة السدس ولم يقطع إضافة الميراث إلى الأبوين ولا ذكر للإخوة ميراثاً فكان الباقي كله للأب. **الحال الثالثة**: يجتمع له الأمران الفرض والتعصيب وهي مع إناث الولد أو ولد الابن فله السدس لقوله تعالى: ﴿فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ﴾ [النساء: ١١] ولهذا كان للأب السدس مع البنت بالإجماع ثم يأخذ ما بقي بالتعصيب لما روى ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر» متفق عليه، والأب أولى رجل بعد الابن وابنه وأجمع أهل العلم على هذا كله فليس فيه بحمد الله اختلاف نعلمه.

فصل: والجد كالأب في أحواله الثلاث وله حال رابع مع الإخوة يذكر في بابه ويسقط بالأب لأنه يدلي به فيسقط به كالإخوة وكذلك كل جد يسقط بابنه لكونه يدلي به وينقص الجد عن رتبة الأب في زوج وأبوين أو امرأة وأبوين فيفرض للأم فيهما ثلث جميع المال وباقيه للجد بخلاف الأب.

مسألة: قال: (وللزوج النصف إذا لم يكن ولد فإن كان لها ولد فله الربع وللمرأة الربع واحدة كانت أو أربعاً إذا لم يكن ولد فإن كان له ولد فلهن الثمن).

وجملة ذلك: أن الزوج والزوجة ذوا فرض لا يرثان بغيره وفرض الزوج النصف مع عدم ولد الميتة وولد ابنها والربع مع الولد أو ولد الابن وفرض الزوجة والزوجات الربع مع عدم ولد الزوج وولد ابنه والثمن مع الولد أو ولد الابن الواحد والأربع سواء بإجماع أهل العلم، والأصل فيه قول الله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١٢] وإنما جعل للجماعة مثل ما للواحدة لأنه لو جعل لكل واحدة الربع وهن أربع لأخذن جميع المال وزاد فرضهن على فرض الزوج ومثل هذا في الجدات للجماعة مثل ما للواحدة لأن الجدات لو أخذت كل واحدة منهن السدس لأخذن النصف فزدن على ميراث الجد فأما سائر أصحاب الفروض كالبنات وبنات الابن والأخوات المفترقات كلهن فإن لكل جماعة منهن مثل ما للاثنتين على ما ذكر في موضعه، وزدن على فرض الواحدة لأن الذكر الذي يرث في درجتهن لا فرض له إلا ولد الأم فإن ذكرهم وأنثاهم سواء لأنهم يرثون بالرحم وقرابة الأم المجردة.

مسألة: قال: (وابن الأخ للأب والأم أولى من ابن الأخ للأب وابن الأخ للأب أولى من ابن ابن الأخ للأب والأم وابن الأخ وإن سفل إذا كان الأب أولى من العم وابن العم للأب أولى من ابن ابن العم للأب والأم وابن العم وإن سفل أولى من عم الأب).

هذا في ميراث العصبة وهم الذكور من ولد الميت وآبائه وأولادهم وليس ميراثهم مقدراً بل يأخذون المال كله إذا لم يكن معهم ذو فرض فإن كان معهم ذو فرض لا يسقط بهم أخذوا الفاضل عن ميراثه كله وأولاهم بالميراث أقربهم ويسقط به من يعد لقول النبيّ ﷺ: «ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر» وأقربهم البنون ثم بنوهم وإن سفلوا يسقط قريبهم ببعيدهم ثم الأب ثم آباؤه وإن علوا الأقرب منهم فالأقرب ثم بنو الأب وهم الإخوة للأبوين أو للأب ثم بنوهم وإن سفلوا الأقرب منهم فالأقرب ويسقط البعيد بالقريب سواء كان القريب من ولد الأبوين أو من ولد الأب وحده فإن اجتمعوا في درجة واحدة فولد الأبوين أولى لقوة قرابته بالأم فلهذا قال ابن الأخ للأب والأم أولى من ابن الأخ للأب لأنهما في درجة واحدة وابن الأخ للأب أولى من ابن ابن الأخ للأب والأم لأن ابن الأخ للأب أعلى درجة من ابن ابن الأخ للأب والأم وعلى هذا أبداً ومهما بقي من بني الأخ أحد وإن سفل فهو أولى من العم لأنه من ولد الأب والعم من ولد الجد فإذا انقرض الإخوة وبنوهم فالميراث للأعمام ثم بنيهم على هذا النسق إن استوت درجتهم قدم من هو لأبوين فإن اختلفت قدم الأعلى وإن كان لأب ومهما

بقي منهم أحد، وإن سفل فهو أولى من عم الأب لأن الأعمام من ولد الجد وأعمام الأب من ولد أب الجد فإذا انقرضوا فالميراث لأعمام الأب على هذا النسق ثم لأعمام الجد ثم بنيهم وعلى هذا أبداً لا يرث بنو أب أعلى من بني أب أقرب منه وإن نزلت درجتهم لما مر في الحديث وهذا كله مجمع عليه بحمد الله ومنه.

مسألة: قال: (وإذا كان زوج وأبوان أعطي الزوج النصف والأم ثلث ما بقي وما بقي فللأب وإذا كانت زوجة وأبوان أعطيت الزوجة الربع والأم ثلث ما بقي وما بقي فللأب).

هاتان المسألتان تسميان العمريتين. لأن عمر رضي الله عنه قضى فيهما بهذا القضاء فأتبعه على ذلك عثمان وزيد بن ثابت وابن مسعود وروي ذلك عن علي وبه قال الحسن والثوري ومالك والشافعي رضي الله عنهم وأصحاب الرأي، وجعل ابن عباس ثلث المال كله للأم في المسألتين لأن الله تعالى فرض لها الثلث عند عدم الولد والإخوة وليس هاهنا ولد وإخوة ويروى ذلك عن علي وروي ذلك عن شريح في زوج وأبوين وقال ابن سيرين كقول الجماعة: في زوج وأبوين وكقول ابن عباس: في امرأة وأبوين وبه قال أبو ثور لأننا لو فرضنا للأم ثلث المال في زوج وأبوين لفضلناها على الأب ولا يجوز ذلك. وفي مسألة المرأة لا يؤدي إلى ذلك واحتج ابن عباس بعموم قوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾ [النساء: ١١] وبقوله عليه السلام: «ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر» والأب هاهنا عصبة فيكون له ما فضل عن ذوي الفروض كما لو كان مكانه جد والحجة معه لولا انعقاد الإجماع من الصحابة على مخالفته ولأن الفريضة إذا جمعت أبوين وذا فرض كان للأم ثلث الباقي كما لو كان معهم بنت ويخالف الأب الجد لأن الأب في درجتها والجد أعلى منها وما ذهب إليه ابن سيرين تفريق في موضع أجمع الصحابة على التسوية فيه ثم إنه مع الزوج يأخذ مثلي ما أخذت الأم كذلك مع المرأة قياساً عليه.

مسألة: قال: (وإذا كان زوج وأم وإخوة لأم وإخوة لأب وأم فللزوج النصف وللأم السدس وللإخوة من الأم الثلث وسقط الإخوة من الأب والأم).

هذه المسألة تسمى المشركة وكذلك كل مسألة اجتمع فيها زوج وأم أو جدة واثنان فصاعداً من ولد الأم وعصبة من ولد الأبوين. وإنما سميت المشركة لأن بعض أهل العلم شرك فيها بين ولد الأبوين وولد الأم في فرض ولد الأم فقسمه بينهم بالسوية وتسمى الحمارية لأنه يروى أن عمر رضي الله عنه أسقط ولد الأبوين فقال بعضهم: يا أمير المؤمنين هب أن أبانا كان حماراً أليست أمنا واحدة؟ فشرك بينهم ويقال: إن بعض الصحابة قال ذلك فسميت الحمارية

لذلك واختلف أهل العلم فيها قديماً وحديثاً فذهب أحمد رضي الله عنه فيها إلى أن للزوج النصف وللأم السدس وللإخوة من الأم الثلث وسقط الإخوة من الأبوين لأنهم عصبة وقد تم المال بالفروض ويروى هذا القول عن علي وابن مسعود وأبي بن كعب وابن عباس وأبي موسى رضي الله عنهم، وبه قال الشعبي والعنبري وشريك وأبو حنيفة وأصحابه رضي الله عنهم ويحيى بن آدم ونعيم بن حماد وأبو ثور وابن المنذر.

وروي عن عمر وعثمان وزيد بن ثابت رضي الله عنهم أنهم شركوا بين ولد الأبوين وولد الأم في الثلث فقسموه بينهم بالسوية للذكر مثل حظ الأنثيين وبه قال مالك والشافعي رضي الله عنهما وإسحاق لأنهم ساووا ولد الأم في القرابة التي يرثون بها فوجب أن يساووهم في الميراث فإنهم جميعاً من ولد الأم وقرابتهم من جهة الأب إن لم تزدهم قرباً واستحقاقاً فلا ينبغي أن تسقطهم ولهذا قال بعض الصحابة وبعض ولد الأبوين لعمر وقد أسقطهم هب أن أباهم كان حماراً فما زادهم ذلك إلا قرباً فشرك بينهم وحرر بعض أصحاب الشافعي فيها قياساً فقال: فريضة جمعت ولد الأب والأم وولد الأم وهم من أهل الميراث فإذا ورث ولد الأم وجب أن يرث ولد الأب والأم كما لو لم يكن فيها زوج.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾ [النساء: ١٢] ولا خلاف في أن المراد بهذه الآية ولد الأم على الخصوص فمن شرك بينهم فلم يعط كل واحد منهما السدس فهو مخالفة لظاهر القرآن ويلزم منه مخالفة ظاهر الآية الأخرى وهي قوله: ﴿وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١٧٦] يراد بهذه الآية سائر الإخوة والأخوات وهم يسوون بين ذكرهم وأنثاهم وقال النبيّ ﷺ: «ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر» ومن شرك فلم يلحق الفرائض بأهلها ومن جهة المعنى أن ولد الأبوين عصبة لا فرض لهم وقد تم المال بالفروض فوجب أن يسقطوا كما لو كان مكان ولد الأم ابنتان وقد انعقد الإجماع على أنه لو كان في هذه المسألة واحد من ولد الأم ومائة من ولد الأبوين لكان للواحد السدس وللمائة السدس الباقي لكل واحد عشر عشره، وإذا جاز أن يفضلهم الواحد هذا الفضل كله لم لا يجوز لاثنين إسقاطهم؟ وقولهم: تساووا في قرابة الأم قلنا: فلم لم يساووهم في الميراث في هذه المسألة؟ وعلى أنا نقول: إن يساووهم في قرابة الأم فقد فارقوهم في كونهم عصبة من غير ذوي الفروض وهذا الذي افترقوا فيه هو المقتضي لتقديم ولد الأم وتأخير ولد الأبوين فإن الشرع ورد بتقديم ذوي الفروض وتأخير العصبة ولذلك يقدم ولد الأم على ولد الأبوين في القدر في المسألة المذكورة وشبهها فكذلك يقدم وإن سقط ولد الأبوين كغيره ويلزمهم أن يقولوا في زوج وأخت من أبوين وأخت من أب معها أخوها: أن الأخ يسقط وحده فترث أخته السبع لأن قرابتها مع وجوده كقرابتها مع عدمه وهو لم يحجبها فهلا عدوه حماراً وورثوها

مع وجوده كميراثها مع عدمه؟ وما ذكروه من القياس طردي لا معنى تحته قال العنبري: القياس ما قال علي والاستحسان ما قال عمر قال الخبري: وهذه وساطة مليحة وعبارة صحيحة وهو كما قال: إلا أن الاستحسان المجرد ليس بحجة في الشرع فإنه وضع للشرع بالرأي من غير دليل ولا يجوز الحكم به لو انفرد عن المعارض فكيف وهو في مسألتنا يخالف ظاهر القرآن والسنة والقياس؟ ومن العجب ذهاب الشافعي إليه هاهنا مع تخطئته الذاهبين إليه في غير هذا الموضع وقوله: من استحسن فقد شرع وموافقة الكتاب والسنة أولى.

فصل: ولو كان مكان ولد الأبوين عصبة من ولد الأب سقط قولاً واحداً ولم يورثهم أحد من أهل العلم فيما علمنا لأنهم لم يساووا ولد الأم في قرابة الأم ولو كان مكانهم أخوات من أبوين أو من أب فرض لهن الثلثان وعالت المسألة إلى عشرة في قول الجميع إلا في قول ابن عباس ومن تابعه ممن لا يرى العول فإنهم يردون النقص على الأخوات غير ولد الأم فمقتضى قوله سقوط الأخوات من ولد الأبوين كما لو كانوا إخوة وسنبين أن الصواب خلاف ذلك إن شاء الله تعالى.

فصل: إذا قيل: امرأة خلفت أماً وابني عم أحدهما زوج والآخر أخ من أم وثلاثة إخوة مفترقين فقل هذه المشركة للزوج النصف وللأم السدس وللأخوين من الأم الثلث وسقط الأخوات من الأبوين والأب ومن شرك جعل للأخ من الأبوين التسع ولكل واحد من الأخوين من الأم تسعاً.

مسألة: قال: (وإذا كان زوج وأم وإخوة وأخوات لأم وأخت لأب وأم وأخوات لأب فللزوج النصف وللأم السدس وللإخوة والأخوات من الأم الثلث بينهم بالتسوية وللأخت من الأب والأم النصف وللأخوات من الأب السدس).

أما التسوية بين ولد الأم فلا نعلم فيه خلافاً إلا رواية شذت عن ابن عباس أنه فضل الذكر على الأنثى لقول الله تعالى: ﴿فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾ [النساء: ١٢] وقال في آية أخرى: ﴿وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالاً وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١٧٦].

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ﴾ [النساء: ١٢] فسوى بين الذكر والأنثى وقوله: ﴿فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾ من غير تفضيل لبعضهم على بعض يقتضي التسوية بينهم كما لو وصى لهم بشيء أو أقر لهم به. وأما الآية الأخرى فالمراد بها ولد الأبوين وولد الأب بدليل أنه جعل للواحدة النصف وللاثنتين الثلثين وجعل الأخ يرث أخته الكل ثم هذا مجمع عليه ولا عبرة بقول شاذ وتوريث ولد الأم هاهنا الثلث والأم السدس والزوج النصف تسمية لا خلاف فيها أيضاً.

وقد اجتمع في هذه المسألة فروض يضيق المال عنها فإن النصف للزوج والنصف للأخت من الأبوين يكمل المال بهما ويزيد ثلث ولد الأم وسدس الأم وسدس الأخت من الأب فتعول المسألة بثلثها وأصلها من ستة أسهم فتعول إلى عشرة وتسمى أم الفروخ لكثرة عولها شبهوا أصلها بالأم وعولها بفروخها وليس في الفرائض مسألة نقول بثلثها سوى هذه وشبهها ولا بد في أم الفروخ من زوج واثنين فصاعداً من ولد الأم وأم أو جدة واثنين من ولد الأبوين أو الأب أو إحداهما من ولد الأبوين والأخرى من ولد الأب فمتى اجتمع فيها هذا عالت إلى عشرة ومعنى العول أن تزدحم فروض لا يتسع المال لها كهذه المسألة فيدخل النقص عليهم كلهم ويقسم المال بينهم على قدر فروضهم كما يقسم مال المفلس بين غرمائه بالحصص لضيق ماله عن وفائهم ومال الميت بين أرباب الديون إذا لم يفها والثلث بين أرباب الوصايا إذا عجز عنها وهذا قول عامة الصحابة ومن تبعهم من العلماء رضي الله عنهم يروى ذلك عن عمر وعلي والعباس وابن مسعود وزيد، وبه قال مالك في أهل المدينة والثوري وأهل العراق والشافعي وأصحابه وإسحاق ونعيم بن حماد وأبو ثور وسائر أهل العلم إلا ابن عباس وطائفة شذت يقل عددها. نقل ذلك عن محمد بن الحنفية ومحمد بن علي بن الحسين وعطاء وداود فإنهم قالوا: لا تعول المسائل.

روي عن ابن عباس أنه قال في زوج وأخت وأم: من شاء باهلته أن المسائل لا تعول إن الذي أحصى رمل عالج عدداً أعدل من أن يجعل في مال نصفاً ونصفاًوثلثاً هذان نصفان ذهبا بالمال فأين موضع الثلث فسميت هذه المسألة مسألة المباهلة لذلك وهي أول مسألة عائلة حدثت في زمن عمر رضي الله عنه فجمع الصحابة للمشورة فيها فقال العباس: أرى أن تقسم المال بينهم على قدر سهامهم فأخذ به عمر رضي الله عنه واتبعه الناس على ذلك حتى خالفهم ابن عباس فروى الزهري عن عبد الله بن عبد الله بن عتبة قال: لقيت زفر بن أوس البصري فقال: نمضي إلى عبد الله بن عباس نتحدث عنده فأتيناه فتحدثنا عنده فكان من حديثه أنه قال: سبحان الذي أحصى رمل عالج عدداً ثم يجعل في مال نصفاً ونصفاً وثلثاً ذهب النصفان بالمال فأين موضع الثلث؟ وايم الله لو قدموا من قدم اللهوأخروا من أخر الله ما عالت فريضة أبداً فقال زفر: فمن الذي قدمه الله ومن الذي أخره الله؟ فقال: الذي أهبطه من فرض إلى فرض فذلك الذي قدمه والذي أهبطه من فرض إلى ما بقي فذلك الذي أخره الله فقال زفر: فمن أول من أعال الفرائض؟ قال عمر بن الخطاب: فقلت ألا أشرت عليه؟ فقال: هبته وكان أمراً مهيباً قوله: من أهبطه من فريضة فذاك الذي قدمه الله يريد أن الزوجين والأم لكل واحد منهم فرض ثم يحجب إلى فرض آخر لا ينقص منه وأما من أهبطه من فرض إلى ما بقي يريد البنات والأخوات فإنهن يفرض لهن فإذا كان معهن إخوتهن ورثوا بالتعصيب فكان لهم ما بقي قل أو كثر فكان مذهبه أن الفروض إذا ازدحمت رد النقص على البنات والأخوات.

ولنا: إن كل واحد من هؤلاء لو انفرد أخذ فرضه فإذا ازدحموا وجب أن يقتسموا على قدر الحقوق كأصحاب الديون والوصايا، ولأن الله تعالى فرض للأخت النصف كما فرض للزوج النصف وفرض للأختين الثلثين كما فرض الثلث للأختين من الأم فلا يجوز إسقاط فرض بعضهم مع نص الله تعالى عليه بالرأي والتحكم ولم يمكن الوفاء بها فوجب أن يتساووا في النقص على قدر الحقوق كالوصايا والديون وقد يلزم ابن عباس على قوله مسألة فيها زوج وأم وأخوان من أم فإن حجب الأم إلى السدس خالف مذهبه في حجب الأم بأقل من ثلاثة من الإخوة وإن نقص الأخوين من الأم رد النقص على من لم يهبطه الله من فرض إلى ما بقي وإن أعال المسألة رجع إلى قول الجماعة وترك مذهبه ولا نعلم اليوم قائلاً بمذهب ابن عباس ولا نعلم خلافاً بين فقهاء الأمصار في القول بالعول بحمد الله ومنه.

فصل: حصل خلاف ابن عباس للصحابة في خمس مسائل اشتهر قوله فيها، **أحدها**: زوج وأبوان. **والثانية**: امرأة وأبوان للأم ثلث الباقي عندهم وجعل هو لها ثلث المال فيها. **والثالثة**: أنه لا يحجب الأم إلا بثلاثة من الإخوة. **الرابعة**: لم يجعل الأخوات مع البنات عصبة. **الخامسة**: أنه لا يعيل المسائل، فهذه الخمس صحت الرواية عنه فيها، واشتهر عنه القول بها، وشذت روايات سوى هذه ذكرنا بعضها فيما مضى.

مسألة: قال: (وإذا كانا ابنا عم أحدهما أخ لأم فللأخ للأم السدس وما بقي بينهما نصفين).

هذا قول جمهور الفقهاء يروى عن عمر رضي الله عنه ما يدل على ذلك ويروى ذلك عن علي رضي الله عنه وزيد وابن عباس وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ومن تبعهم، وقال ابن مسعود: المال للذي هو أخ من أم وبه قال شريح والحسن وابن سيرين وعطاء والنخعي وأبو ثور لأنهما استويا في قرابة لأب وفضله هذا بأم فصارا كأخوين أو عمين أحدهما لأبوين والآخر لأب ولأنه لو كان ابن عم أخوين وابن عم لأب كان ابن العم للأبوين أولى فإذا كان قربه لكونه من ولد الجدة قدمه فكونه من ولد الأم أولى.

ولنا: إن الإخوة من الأم يفرض له بها إذا لم يرث بالتعصيب وهو إذا كان معه أخ من أبوين أو من أب أو عم وما يفرض له به لا يرجح به كما لو كان أحدهما زوجاً، ويفارق الأخ من الأبوين والعم وابن العم إذا كانا من أبوين فإنه لا يفرض له بقرابة أمه شيء فرجح به ولا يجتمع في إحدى القرابتين ترجيح وفرض.

فصل: فإن كان معهما أخ لأب فللأب من الأم السدس والباقي للأب من الأب فإن كان معهما أب من أبوين فكذلك وإن كان ابن عم لأبوين وابن عم هو أخ الأم فعلى قول

الجمهور للأخ السدس والباقي للآخر وعلى قول ابن مسعود المال كله لابن العم الذي هو أخ لأم.

فصل: فإن كان ابنا عم أحدهما أخ من أم وبنت أو بنت ابن فللبنت أو بنت الابن النصف والباقي بينهما نصفين وسقطت الاخوة من الأم بالبنت ولو كان الذي ليس بأخ ابن عم من أبوين أخذ الباقي كله كذلك وعلى قول ابن مسعود الباقي للأخ في المسألتين بدليل أن الأخ من الأبوين يتقدم على الأخ من الأب بقرابة الأم فإن كان في الفريضة بنت تحجب قرابة الأم، وحكي عن سعيد بن جبير أن الباقي لابن العم الذي ليس بأخ، وإن كان من أب لأنه يرث بالقرابتين ميراثاً واحداً فإذا كان في الفريضة من يحجب إحداهما سقط ميراثه كما لو استغرقت الفروض المال سقط الأخ من الأبوين ولم يرث بقرابة الأم بدليل مسألة المشركة.

ولنا: على ابن مسعود أن البنت تسقط الميراث بقرابة الأم فبقي التعصيب منفرداً فيرث به وفارق ولد الأبوين فإن قرابة الأم ثم يرجح بها ولا يفرض لها فلا يؤثر فيها ما يحجبها، وفي مسألتنا يفرض له بها فإذا كان في الفريضة من يحجبها سقطت ولأنه لو كان مع ابن العم الذي هو أخ أخ من أب وبنت لحجبت البنت قرابة أخ أم ولم ترث بها شيئاً فكان للبنت النصف والباقي للأخ من الأب ولولا البنت لورث لكونه أخاً من أم السدس فإذا حجبته البنت مع الأخ من الأب وجب أن تحجبه في كل حال لأن الحجب بها لا بالأخ من الأب ما ذكره سعيد بن جبير ينتقض بالأخ من الأبوين مع البنت وبابن العم إذا كان زوجاً ومعه من يحجب بني العم ولا نسلم أنه يرث ميراثاً واحداً بل يرث بقرابته ميراثين كشخصين فصار كابن العم الذي هو زوج، وفارق الأخ من الأبوين فإنه لا يرث إلا ميراثاً واحداً فإن قرابة الأم لا ترث بها مفردة.

فصل: فحصل خلاف ابن مسعود في مسائل ست هذه إحداهن **والثانية**: في بنت وبنات ابن وابن ابن الباقي عنده للابن دون أخواته. **الثالثة**: في أخوات لأبوين وأخوات لأب الباقي عنده للأخ دون أخواته. **الرابعة**: بنت وابن ابن وبنات ابن عنده لبنات الابن الأضر بهن من السدس أو المقاسمة. **الخامسة**: أخت لأبوين وأخ وأخوات لأب للأخوات عنده الأضر بهن من ذلك. **السادسة**: كان يحجب الزوجين والأم بالكفار والعبيد والقاتلين ولا يورثهم.

فصل: ابن ابن عم هو أخ لأم وابن ابن عم آخر للأخ السدس والباقي بينهما وعند ابن مسعود الكل للأخ وسقط الآخر وإن كان أحدهما ابن أخ لأم فلا شيء له بقرابة الإخوة لأن ابن الأخ للأم من ذوي الأرحام، وإن كان عمان. **أحدهما**: خال لأم لم يرجح بخؤولته وقيل: على قياس قول ابن مسعود وجهان:

أحدهما: لا يرجح بها.

والثاني: يرجح بها على العم الذي هو من أب فيأخذ المال لأنـه ابن الجد والجـدة والآخر ابن الجد لا غير، وإن كان العم الآخر من أبوين فالمال بينهما لأن كل واحد منهما يدلي بجدة وهما ابنا الجد وهكذا القول في ابني عم أحدهما خال أو ابني ابني عم أحدهما خال فأما على قول عامة الصحابة فلا أثر لهذا عندهم.

فصل: ابنا عم أحدهما زوج فللزوج النصف والباقي بينهما نصفان عند الجميع فإن كـان الآخر أخاً من أم فللزوج النصف ولـلأخ السدس والبـاقي بينهما أصلهـا من ستة للزوج أربعـة وللأم اثنان، وترجع بالاختصار إلى ثلاثة وعند ابن مسعود الباقي للأخ فتكـون من اثنين لكـل واحد منهما سهم. ثلاثة بني عم أحدهم زوج والآخر أخ من أم فللزوج النصف وللأخ السدس والباقي بينهما على ثلاثة أصلها من ستة يضرب فيها الثلاثة تكن ثمانية عشر للزوج النصف تسعة وللأخ ثلاثة يبقى ستة بينهم على ثلاثة فيحصل للزوج أحـد عشر وهي النصف والتسع ولـلأخ خمسة وهي السدس والتسع، وللثالث التسع، سهمان فإن كان الـزوج ابن عم لأبوين فـالباقي كله له وإن كان هو والثالث من أبوين فالثلث الباقي بينهما وتصح من ستة للزوج الثلثـان ولكل واحد من الآخرين سدس، وابن مسعود في جميع ذلك يجعل الباقي بعد فرض الزوج للذي هو أخ من أم.

فصل: أخوان من أم أحـدهما ابن عم فـالثلث بينهما والبـاقي لابن العم وتصح من ستـة لابن العم خمسة وللآخر سهم ولا خلاف في هذه المسألة فإن كانوا ثـلاثة إخـوة أحدهم ابن عم فالثلث بينهم على ثلاثة والباقي لابن العم وتصح من تسعة وإن كان اثنان منهم ابني عم فالباقي بعد الثلث بينهما وتصح من تسعة.

فصل: ثلاثة إخوة لأم أحدهم ابن عم وثلاثة بني عم أحدهم أخ لأم فـاضمم واحد من كل عدد إلى العدد الآخر يصير معك أربعة بني عم وأربعة إخوة فهم ستة في العدد وفي الأحوال ثمانية ثم اجعل الثلث للإخوة على أربعة والثلثين عـلى بني العم على أربعـة فتصح من اثني عشر لكل أخ مفرد سهم ولكل ابن عم مفرد سهمان ولكل ابن عم هو أخ ثلاثة فيحصل لهـما النصف ولـلأربعة البـاقين النصف وعـلى قول عبـد الله للإخـوة الثلث والباقي لابني العم اللذين هـما أخوان والله أعلم.

باب أصول سهام الفرائض التي تعول

معنى أصول المسائل المخارج التي تخرج منها فروضها وأصول المسائل كلها سبعة لأن الفروض المحدودة في كتاب الله تعالى ستة: النصف والربع والثمن والثلثان والثلث والسدس، ومخارج هذه الفروض مفردة خمسة لأن الثلث والثلثين مخرجهما واحد والنصف من اثنين والثلث والثلثان من ثلاثة والربع من أربعة والسدس من ستة والثمن من ثمانية والربع مع السدس أو الثلث أو الثلثين من اثني عشر والثمن مع السدس أو الثلثين من أربعة وعشرين فصارت سبعة وهذه الفروض نوعان:

أحدهما: النصف ونصفه ونصف نصفه.

والثاني: الثلثان ونصفهما ونصف نصفهما. وكل مسألة فيها فرض مفرد فأصلها من مخرجه وإن كان فيها فرضان يؤخذ أحدهما من مخرج الآخر فأصلها من مخرج أقلهما، وإن كان فيها فرضان من نوعين لا يؤخذ أحدهما من مخرج الآخر فاضرب أحد المخرجين في الآخر أو وفقه فما بلغ فهو أصل المسألة وفيها يكون العول لأن العول إنما يكون في مسألة تزدحم فيها الفروض ولا يتسع المال لها فكل مسألة فيها نصف وفرض من النوع الآخر فأصلها من ستة لأن مخرج النصف اثنان ومخرج الثلث والثلثين ثلاثة فتضرب اثنين في ثلاثة تكن ستة وهكذا سائرها.

والمسائل على ثلاثة أضرب: عادلة وعائلة ورد، فالعادلة: التي يستوي مالها وفروضها، والعائلة: التي تزيد فروضها عن مالها، والرد: التي يفضل مالها عن فروضها ولا عصبة فيها وسنذكر أمثلة هذه الأضرب في هذا الباب بعون الله.

مسألة: قال: (وما فيه نصف وسدس أو نصف وثلث أو نصف وثلثان فأصلها من ستة وتعول إلى سبعة وإلى ثمانية وإلى تسعة وإلى عشرة ولا تعول أكثر من ذلك).

أما إذا كان نصف وسدس فإن مخرج النصف اثنان ويوجد ذلك في مخرج السدس وهو الستة فكان أصلهما جميعاً ستة وهكذا لو كان سدس وثلث أو ثلثان فأصلهما من مخرج السدس لا يزيد عليه وإن اجتمع النصف والثلثان أو الثلث فإن مخرج النصف اثنان ومخرج الثلث والثلثين ثلاثة ولا وفق بينهما فاضرب أحد المخرجين في الآخر تكن ستة ويصير كل كسر بعدد مخرج الآخر ويدخل العول هذا الأصل لازدحام الفروض فيه وهو أكثرها عولاً والعول زيادة في السهام ونقصان في أنصباء الورثة وأمثلة ذلك: زوج وأم وأخ من أم أصلها من ستة ومنها تصح زوج وأم وأخوان من أم، بنت وأم وعم أو عصبة ثلاث أخوات متفرقات وأخ من أم أو أم أو جدة، أبوان وبنتان بنت وأبوان، بنت وبنت ابن وأبوان أو جد وجدة، العول زوج وأختان من أبوين أو من أب أو أحدهما من أبوين والأخرى من أب أو أم أو أخت من أب أو أخت من أم أصلها من ستة وتعول إلى سبعة زوج وأخت وجدة أو أخ لأم، ست أخوات مفترقات وأم أخت لأب وأم وأخت لأب وأم وأخوان لأم، عول ثمانية زوج وأخت وأم للزوج النصف وللأخت النصف وللأم الثلث تعول إلى ثمانية وهي مسألة المباهلة فإن كان معهم أخت أخرى من أي جهة كانت أو أخ من أم فهي من ثمانية أيضاً (عول تسعة) زوج وست أخوات مفترقات تعول إلى تسعة وتسمى الغراء، زوج أم وثلاث أخوات مفترقات تعول إلى عشرة وتسمى أم الفروخ لكثرة عولها لأنها عالت بثلثيها فشبهوا الأصل بالأم والعول بالفروخ. ويروى أن رجلاً جاء إلى شريح فقال: إن امرأتي ماتت ولم تترك ولداً فكم لي من ميراثها؟ قال: لك النصف فمن خلفت؟ قال: خلفت أمها وأختيها من أبيها وأختيها من أمها وأباً قال: لك ثلاثة أسهم من عشرة فخرج الرجل فقال: ألا تعجبون من قاضيكم؟ قال: لي النصف فوالله ما أعطاني نصفاً ولا ثلثاً، فقال له شريح: ألا إنك تراني قاضياً ظالماً وأنا أراك رجلاً فاجراً تكتم القصة وتذيع الفاحشة، ومتى عالت المسألة إلى تسعة أو إلى عشرة لم يكن الميت امرأة لأنها لا بد فيها من زوج ولا يمكن أن تعول المسألة إلى أكثر من هذا ولا يمكن أن يجتمع فروض أكثر من هذا: وطريق العمل في العول أن تأخذ الفروض من أصل المسألة وتضم بعضها إلى بعض فما بلغت السهام فإليه ينتهي فنقول في زوج وأم وست أخوات مفترقات: للزوج النصف ثلاثة وللأم السدس سهم وللأختين الثلثان أربعة وللأختين من الأم الثلث سهمان صارت عشرة.

مسألة: قال: (وما فيه ربع وسدس أو ربع وثلث أو ربع وثلثان فأصلها من اثني عشره وتعول إلى ثلاثة عشر وإلى خمسة عشر وإلى سبعة عشر ولا تعول إلى أكثر من ذلك).

إنما كان أصلها من اثني عشر لأن مخرج الربع أربعة ومخرج الثلث ثلاثة ولا وفق بينهما فإذا ضربت أحدهما في الآخر كان اثني عشر فإن كان مع الربع سدس فبين الستة والأربعة موافقة وإذا ضربت وفق أحدهما في الآخر صار اثني عشر، ولا بد في هذا الأصل من أحد

الزوجين لأنه لا بد فيها من ربع ولا يكون فرضاً لغيرهما. وأمثلة ذلك: زوج أبوان وخمسة بنين للزوج الربع ثلاثة وللأبوين السدسان يبقى خمسة لكل ابن سهم. زوج وابنتان وأخت وعصبة امرأة وأختان للأبوين أو لأب أو أختان لأم وعصبة. امرأة وأخوان لأم وسبعة إخوة لأب. العول زوج وابنتان وأم تعول إلى ثلاثة عشر امرأة وثلاث أخوات مفترقات. زوج وأبوان وابنتان تعول إلى خمسة عشر. امرأة وأختان من أب وأختان من أم. امرأة وأم وست أخوات لأم وثمان لأب تعول إلى سبعة عشر ويصح لكل واحد منهن سهم وتسمى أم الأرامل ويعايل بها فيقال: سبع عشرة امرأة من جهات مختلفة اقتسمن مال ميت بالسوية لكل امرأة سهم وهي هذه ولا يعول هذا الأصل إلى أكثر من هذا ولا يمكن أن يكمل هذا الأصل بفروض من غير عصبة ولا عول ولا يمكن أن تعول إلا على الأفراد لأن فيها فرضاً يباين سائر فروضها وهو الربع فإنه ثلاثة وهي فرد وسائر فروضها يكون زوجاً فالسدس اثنان والثلث أربعة والثلثان ثمانية والنصف ستة ومتى عالت إلى سبعة عشر لم يكن الميت فيها إلا رجلاً.

مسألة: قال: (وما كان فيه ثمن وسدس أو ثمن وسدسان أو ثمن وثلثان فأصلها من أربعة وعشرين وتعول إلى سبعة وعشرين ولا تعول إلى أكثر من ذلك).

إنما كان كذلك لأنك تضرب مخرج الثمن في مخرج الثلثين أو في وفق مخرج السدس فيكون أربعة وعشرين ولم نقل ثمن وثلث لأن الثلث لا يجتمع مع الثمن فإنه لا يكون إلا للزوجة مع الولد ولا يكون الثلث في مسألة فيها ولد لأنه لا يكون إلا لولد الأم والولد يسقطهم أو الأم بشرط عدم الولد ومسائل ذلك: امرأة وأبوان وابن أو ابنان أو بنون وبنات، امرأة وابنتان وأم وعصبة، ثلاث نسوة وأربع جدات وستة عشر بنتاً وأخت. امرأة وبنت ابن وجدة وعصبة، العول امرأة وأبوان وابنتان تعول إلى سبعة وعشرين وتسمى البخيلة لأنها أقل الأصول عولاً لم تعل إلا بثمنها وتسمى المنبرية لأن عليًّا رضي الله عنه سئل عنها على المنبر فقال: صار ثمنها تسعاً ومضى في خطبته. يعني أن المرأة كان لها الثمن ثلاثة من أربعة وعشرين صار لها بالعول ثلاثة من سبعة وعشرين وهي التسع ولا يكون الميت في هذا الأصل إلا رجلاً لأن فيها ثمناً ولا يكون إلا للمرأة مع الولد ولا يمكن أن يعول هذا الأصل إلى أكثر من هذا إلا على قول ابن مسعود فإنه يحجب الزوجين والأم بالولد والكافر والقاتل والرقيق ولا يورثه، فعلى قوله: إذا كانت امرأة وأم وست أخوات مفترقات وولد كافر فللأخوات الثلث والثلثان أربعة وعشرون وللأم والمرأة السدس والثمن سبعة فتعول إلى أحد وثلاثين.

فصول: في تصحيح المسائل

وإذا لم تنقسم سهام فريق من الورثة عليهم قسمة صحيحة فاضرب عددهم في أصل المسألة وعولها إن كانت عائلة إلا أن يوافق عددهم سهامهم بنصف أو ثلث أو غير ذلك من

الأجزاء فيجزئك ضرب وفق عددهم في أصل المسألة وعولها إن كانت عائلة فما بلغ فمنه تصح فإذا أردت القسمة فكل من له شيء من أصل المسألة مضروب في العدد الذي ضربته في المسألة وهو الذي يسمى جزء السهم فما بلغ فهو له إن كان واحداً وإن كانوا جماعة قسمته عليهم وإن شئت قلت: إذا كان الكسر على فريق واحد فلواحدهم بعد التصحيح مثل ما كان لجماعتهم قبل التصحيح أو وفقه إن كان وافق، مثال ذلك: زوج وأم وثلاثة إخوة أصلها من ستة للزوج النصف ثلاثة وللأم السدس سهم بقي للإخوة سهمان لا تنقسم عليهم ولا توافقهم فاضرب عددهم وهو ثلاثة في أصل المسألة تكن ثمانية عشر سهماً. للزوج ثلاثة في ثلاثة تسعة وللأم سهم في ثلاثة ثلاثة وللإخوة سهمان في ثلاثة تكن ستة لكل واحد منهم سهمان، ولو كان الإخوة ستة وافقتهم سهامهم بالنصف فردهم إلى نصفهم ثلاثة وتعمل فيها كعملك في الأولى سواء ولكل واحد من الإخوة سهم وهو وفق سهام جماعتهم.

فصل: وإن كان الكسر على فريقين لم تخل من أربعة أقسام:

أحدها: أن يكون العددان متماثلين فيجزئك ضرب أحدهما في المسألة ومثال ذلك: زوج وثلاث جدات وثلاثة إخوة أصلها من ستة للزوج ثلاثة وللجدات سهم وللإخوة سهمان فتضرب أحد العددين في المسألة تكن ثمانية عشر وطريق القسمة فيها مثل طريقها إذا كان الكسر على فريق واحد سواء ولو كان الإخوة ستة وافقوا سهمهم بالنصف رجعوا إلى ثلاثة وكان العمل فيها كما ذكرنا سواء.

القسم الثاني: أن يكون العددان متناسبين وهو أن يكون أحدهما ينتسب إلى الآخر بجزء من أجزائه كنصفه وثلثه أو غير ذلك من الأجزاء فيجزئك ضرب العدد الأكثر منهما في المسألة، ومثاله ما لو كان الجدات في هذه المسألة ستاً فإن عدد الأخوات نصف عدد الجدات فاجتزىء بعددهن واضربه في أصل المسألة تكن ستة وثلاثين ومنها تصح، ولو كان عدد الإخوة ستة وافقتهم سهامهم بالنصف ورجعوا إلى ثلاثة وعملت على ما ذكرنا.

القسم الثالث: أن يكون العددان متباينين لا يماثل أحدهما الآخر ولا يناسبه ولا يوافقه مثل أن يكون عدد الجدات أربعاً والإخوة ثلاثة فإنك تضرب عدد أحدهما في جميع الأجزاء فما بلغ ضربته في المسألة ومتى ضربته هاهنا كان اثني عشر فإذا ضربته في المسألة كانت اثنين وسبعين. وإن وافق أحد العددين سهامه دون الآخر أخذت وفق الموافق وضربته فيما لم يوافق وعملت على ما ذكرنا وإن وافقا جميعاً سهامهما رددتهما إلى وفقهما وعملت في الوفقين عملك في العددين الأصليين.

القسم الرابع: أن يكون العددان متفقين بنصف أو ثلث أو ربع أو غير ذلك من الأجزاء فإنك ترد أحد العددين إلى وفقه ثم تضربه في جميع الآخر فما بلغ ضربته في المسألة ومثاله أن

تكون الإخوة تسعة والجدات ستاً فيتفقان بالثلث فترد الجدات إلى ثلثهن اثنين وتضربهما في عدد الإخوة تكن ثمانية عشر ثم تضرب ذلك في أصل المسألة تكن مائة وثمانية ومنها تصح .

فصل: وإن كان الكسر على ثلاثة أحياز نظرت فإن كانت مماثلة كثلاث جدات وثلاث بنات وثلاثة أعمام ضربت أحدها في المسألة فما بلغ فمنه تصح المسألة، ولكل واحد منهم بعد التصحيح مثل ما كان لجماعتهم. وإن كانت متناسبة كجدتين وخمس بنات وعشرة أعمام اجتزأت بأكثرها وهي العشرة فضربتها في المسألة تكن ستين ومنها تصح . وإن كانت متباينة مثل أن يكون الأعمام في هذه المسألة ثلاثة ضربت بعضها في بعض تكن ثلاثين ثم ضربتها في المسألة تكن مائة وثمانين، وإن كانت متوافقة كست جدات وتسع بنات وخمسة عشر عماً ضربت وفق عدد منها في جميع الآخر فما بلغ وافقت بينه وبين الثالث وضربت وفقه في جميع الثالث ثم اضرب ما معك في أصل المسألة فما بلغ فمنه تصح، وإن تماثل اثنان منها وباينهما الثالث أو وافقهما ضربت أحد المتماثلين في جميع الثالث أو في وفقه وإن كان موافقاً فما بلغ ضربته في المسألة. وإن تناسب اثنان وباينهما الثالث ضربت أكثرهما في جميع الثالث أو في وفقه إن كان موافقاً ثم في المسألة وإن توافق اثنان وباينهما الثالث ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر ثم في الثالث، وإن تباين اثنان ووافقهما الثالث كأربعة أعمام وست جدات وتسع بنات أجزأك ضرب أحد المتباينين في الآخر ثم تضربه في المسألة ويسمى هذا الموقوف المقيد لأنك إذا أردت وقف أحدهما لم يقف إلا الستة ولو وقفت غيرها مثل أن تقف التسعة وترد الستة إلى الاثنين أدخلا في الأربعة وأجزأك ضرب الأربعة في التسعة، ولو وقفت الأربعة رددت الستة إلى ثلاثة ودخلت في التسعة وأجزأك ضرب الأربعة في التسعة. فأما إن كانت الأعداد الثلاثة متوافقة فإنه يسمى الموقوف المطلق وفي عملها طريقان:

أحدهما: ما ذكرناه من قبل وهو طريق الكوفيين.

والثاني: طريق البصريين وهو أن تقف أحد الثلاثة وتوافق بينه وبين الآخرين وتردهما إلى وفقهما ثم تنظر في الوفقين فإن كانا متماثلين ضربت أحدهما في الموقوف، وإن كانا متناسبين ضربت أكثرهما، وإن كانا متباينين ضربت أحدهما في الآخر ثم في الموقوف، وإن كانا متوافقين ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر ثم في الموقوف فما بلغ ضربته في المسألة، ومثال ذلك: عشر جدات واثنا عشر عماً وخمس عشرة بنتاً فقف العشرة توافقها الاثنا عشر بالنصف فترجع إلى ستة وتوافقها الخمس عشرة بالأخماس فترجع إلى ثلاثة وهي داخلة في الستة فتضرب الستة في العشرة تكن ستين ثم في المسألة تكن ثلاثمائةوستين وإن وقفت الاثنا عشر رجعت العشرة إلى نصفها خمسة والخمس عشرة إلى ثلثها خمسة وهما متماثلان فتضرب خمسة في اثني عشر تكن ستين، وإن وقفت الخمس عشرة رجعت العشرة إلى اثنين والاثنا عشر إلى أربعة، ودخل الاثنان في الأربعة فتضربها في الخمس عشرة تكن ستين ثم في المسألة .

فصل: في معرفة الموافقة والمناسبة والمباينة: الطريق في ذلك أن تلقي أقل العددين من أكثرهما مرة بعد أخرى فإن فني به فالعددان متناسبان وإن لم يفن به ولكن بقيت منه بقية ألقيتها من العدد الأقل فإن بقيت منه بقية ألقيتها من البقية الأولى ولا تزال كذلك تلقي كل بقية من التي قبلها حتى يصل إلى عدد يفني الملقى منه غير الواحد فأي بقية فني بها غير الواحد فالموافقة بين العددين بجزء وتلك البقية إن كانت اثنين فبالأنصاف وإن كانت ثلاثة فبالأثلاث فإن كانت أربعة فبالأرباع فإن كانت أحد عشر أو اثني عشر أو ثلاثة عشر فبجزء ذلك وإن بقي واحد فالعددان متباينان. ومما يدلك على تناسب العددين، أنك متى زدت على الأقل مثله أبداً ساوى الأكثر ومتى قسمت الأكثر على الأقل انقسم قسمة صحيحة ومتى نسبت الأقل إلى الأكثر انتسب إليه بجزء واحد ولا يكون ذلك إلا في النصف فما دونه.

فصل: في مسائل المناسخات، ومعناها أن يموت من ورثة الميت إنسان قبل قسم تركة الأول، فإذا وجد ذلك نظرت. فإن كان ورثة الأول يرثون الثاني على حسب ميراثهم من الأول مثل أن يكونوا عصبة لهما جميعاً وقد يتفق ذلك في أصحاب الفروض في مسائل يسيرة كرجل مات عن امرأة وثلاثة بنين وبنت ثم مات أحد البنين قبل قسمة التركة فإن للمرأة من الأول سهماً مثل سهم البنت وكنصف سهم ابن وكذلك لها من الثانية فإذا كان كذلك فاقسم المسألة على ورثة الثاني ولا تنظر إلى الأول، فلو خلف رجل خمسة بنين وخمس بنات فمات منهم ابن ثم بنت ثم ابن ثم بنت ثم ابن ثم بنت قسمت الميراث على الابنين الباقيين والبنتين للذكر مثل حظ الأنثيين ولم تنظر في بقية المسائل، فإن كان معهم من يرث من الأولى دون ما بقي كما لو كان مع هؤلاء امرأة للميت ليست أماً لهم فإنك تفرز لها الثمن وتقسم الباقي على ماذكرنا وإن كانت أماً لهم إلا أنها ماتت قبلهم أو بعد بعضهم ولم تخلف وارثاً غيرهم قسمت الميراث كله على الباقين للذكر مثل حظ الأنثيين، ولم ينظر في ميراثها لأنه قد صار إليهم، فإن لم يكونوا كذلك فإنك تقسم مسألة الأول ثم تنظر ما صار للميت الثاني فيها فإن انقسم على مسألته فقد صحت المسألتان مما صحت منه الأولى ومثال ذلك امرأة وبنت من غيرها وأخ ماتت البنت وخلفت زوجاً وبنتاً وعماً. فالمسألة الأولى من ثمانية للمرأة سهم وللبنت أربعة ويبقى للأخ ثلاثة ومسألة الميتة الثانية من أربعة لزوجها سهم ولابنتها سهمان ويبقى سهم للأخ الأول فصار له من المسألتين أربعة أسهم وصحت المسألتان من ثمانية وإن لم تنقسم سهام الميت الثاني على مسألته وافقت بين سهامه ومسألته فإن اتفقا رددت مسألته إلى وفقها ثم ضربته في المسألة الأولى فما بلغ فمنه تصح المسألتان ثم كل من له شيء من المسألة الأولى مضروب في وفق المسألة الثانية وكل من له شيء من المسألة الثانية مضروب في وفق سهام الميت الثاني مثال ذلك: إذا خلفت البنت زوجاً وابنتين فمسألتها من اثني عشر توافقها سهامها بالربع فترجع إلى ثلاثة تضرب في ثمانية تكن أربعة وعشرين للمرأة سهم من الأولى في ثلاثة وللأخ ثلاثة في ثلاثة بتسعة وله من الثانية

سهم في سهم تكن عشرة وللزوج ثلاثة في سهم وللابنتين ثمانية وإن لم يوافق سهامه مسألته ضربت المسألة الثانية في الأولى ثم كل من له شيء من المسألة الأولى مضروب في الثانية ومن له شيء من الثانية مضروب في سهام الميت الثاني فإن مات ثالث عملت مسألته ونظرت سهامه مما صحت منه المسألتان فإن انقسم على مسألته صحت من صحت منه الأوليان وإن لم تصح وافقت بين مسألته وسهامه وضربت وفق سهام مسألته إن وافقت أو جميعها إن لم توافق فيما صحت منه الأوليان وعملت على ما ذكرنا. وكذلك تصنع في الرابع والخامس وما بعده.

فصل: وإن أردت قسمة المسألة على قراريط الدينار فإنها في عرف أهل بلدنا أربعة وعشرون قيراطاً، فإن كانت السهام كثيرة فلك في قسمها طريقان:

أحدهما: أن ينظر إلى ما تركب منه العدد فإنه لا بد أن يتركب من ضرب عدد في عدد فانسب أحد العددين إلى أربعة وعشرين إن كان أقل منها وخذ من العدد الآخر مثل تلك النسبة فما كان فهو لكل قيراط. وإن كان أكثر من أربعة وعشرين قسمه عليها فما خرج بالقسم فاضربه في العدد الآخر فما بلغ فهو نصيبه. ومثال ذلك: ستمائة أردت قسمتها فإنك تعلم أنها متركبة من ضرب عشرين في ثلاثين فانسب العشرين إلى أربعة وعشرين تكن نصفها وثلثها فخذ نصف الثلاثين وثلثها خمسة وعشرون فهو سهم القيراط. وإن قسمت الثلاثين على أربعة وعشرين خرج بالقسم سهم وربع فاضربها تكن خمسة وعشرين كما قلنا.

والثاني: أن تنظر عدداً إذا ضربته في الأربعة والعشرين ساوى المقسوم أو قاربه، فإذا بقيت منه بقية ضربتها في عدد آخر حتى يبقى أقل من المقسوم عليه ثم تجمع العدد الذي ضربته إليه وتنسب تلك البقية من المقسوم عليه فتضمها إلى العدد فيكون ذلك سهم القيراط. مثاله في مسألتنا: أن تضرب عشرين في أربعة وعشرين تكن أربعمائة وثمانين ثم تضرب خمسة في أربعة وعشرين تكن مائة وعشرين وتضم الخمسة إلى العشرين فيكون ذلك سهام القيراط، فإذا عرفت سهام القيراط فانظر كل من له أسهم فأعطه بكل سهام من سهم القيراط قيراطاً. فإن بقي له من السهام ما لا يبلغ قيراطاً فانسبه إلى سهام القيراط وأعطه منه مثل تلك النسبة، فإن كان في سهام القيراط كسر بسطتها من جنس الكسر ثم كل من له سهام بعدد مبلغ السهام فله بعدد مخرج الكسر قراريط وتضرب بقية سهامه في مخرج الكسر وتنسبها منها، مثال ذلك: زوج وأبوان وابنتان ماتت الأم وخلفت أماً وزوجاً وأختاً من أبوين وأختين من أب وأختين من أم. فالأولى من خمسة عشر، والثانية من عشرين فتضرب وفق إحداهما في الأخرى تكن مائة وخمسين وسهم القيراط ستة وربع فابسطها أرباعاً تكن خمسة وعشرين فهذه سهام القيراط. فللبنت من الأولى أربعة في عشرة تكن أربعين فلها بخمسة وعشرين أربعة تبقى خمسة عشر اضربها في مخرج الكسر تكن ستين واقسمها على خمسة وعشرين تكن اثنين وخمسين فصار لها

ستة وخمسان وللأب من الأولى والثانية ستة وعشرون فله بخمسة وعشرين أربعة قراريط وابسط السهم الباقي أرباعاً تكن أربعة أخماس خمس ولزوج الأولى ثلاثون فله بخمسة وعشرين منها أربعة قراريط وابسط الخمسة الباقية تكن عشرين وهي أربعة أخماس قيراط ولأم الثانية سهمان ابسطهما أرباعاً تكن خمس قيراط وثلاثة أخماس خمس قيراط وكذلك لكل أخت من أم وللأختين من الأب مثل ذلك وللأخت من الأبوين ستة ابسطها أرباعاً تكن أربعة أخماس قيراط وأربعة أخماس خمس.

فصل: في قسمة التركات: إن أمكن أن تنسب سهام كل وارث من المسألة ثم تعطيه من التركة مثل تلك النسبة فحسن ومثال ذلك: زوج وأبوان وابنتان والتركة أربعون ديناراً فللزوج ثلاثة وهي خمس المسألة فله خمس التركة وهي ثمانية دنانير ولكل واحد من الأبوين ثلثا خمس المسألة فله ثلثا الثمانية ولكل واحد من البنين مثل ما للأبوين كليهما وإن شئت ضربت سهام كل وارث في التركة وقسمت ذلك على المسألة فما خرج فهو نصيبه، وإن شئت قسمت التركة على المسألة ثم ضربت الخارج بالقسم في سهام كل وارث فما بلغ فهو له، وإذا كانت المسألة عدداً أصماً عملت بإحدى هاتين الطريقتين وإن كان في السهام كسر بسطتها من جنسه على ما ذكرنا في القسم على قراريط الدينار. ولك في قسم التركة في مسائل المناسخات أن تقسم التركة أو القراريط على المسألة الأولى فما حصل للميت الثاني قسمته على مسألته ثم تفعل بالثالث والرابع وما بعدهما كذلك، وإذا كان بين المسألة والتركة موافقة فخذ وفقيهما واعمل بهما ما ذكرنا.

فصل: وإذا كانت التركة سهاماً من عقار فاضرب أصل سهام العقار فيما صحت منه المسألة فما بلغ فهو سهام العقار واضرب سهام كل وارث من أصل المسألة في السهام الموروثة من العقار واضرب سهام الشركاء في أصل مسألة الورثة ومثال ذلك زوج وأم وأخت والتركة ربع وسدس دار، المسألة من ثمانية. وأصل سهام العقار اثنا عشر فاضربها في الثمانية تكن ستة وتسعين فللزوج ثلاثة من مسألة مضروبة في السهام الموروثة وهي خمسة تكن خمسة عشر وللأخت كذلك فانسبها من الدار تكن ثمنها وربع ثمنها وللأم سهمان في خمسة تكن عشرة وهي نصف سدس الدار وثمن سدسها، وإن شئت قلت هي نصف ثمنها وثلث ثمنها وإن شئت بسطت الربع والسدس من قراريط الدينار وهي عشرة وقسمتها على المسألة فللأم ربعهاوهي قيراطان ونصف وللأخت ثلاثة أثمانها وهي ثلاثة قراريط وثلاثة أرباع قيراط وكذلك الزوج.

مسألة: قال: (ويرد على كل أهل الفرائض على قدر ميراثهم إلا الزوج والزوجة)

وجملة ذلك: أن الميت إذا لم يخلف وارثاً إلا ذوي فروض ولا يستوعب المال كالبنات والأخوات والجدات فإن الفاضل عن ذوي الفروض يرد عليهم على قدر فروضهم إلا الزوج

والزوجة. روي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم. وحكي ذلك عن الحسن وابن سيرين وشريح وعطاء ومجاهد والثوري وأبي حنيفة وأصحابه قال ابن سراقة: وعليه العمل اليوم في الأمصار إلا أنه يروى عن ابن مسعود: أنه كان لا يرد على بنت ابن مع بنت ولا على أخت من أب مع أخت من أبوين ولا على جدة مع ذي سهم، وروى ابن منصور عن أحمد: أنه لا يرد على ولد الأم مع الأم ولا على الجد مع ذي سهم. والذي ذكر الخرقي أظهر في المذهب وأصح وهو قول عامة أهل الرد: لأنهم تساووا في السهام فيجب أن يتساووا فيما يتفرع عليها ولأن الفريضة لو عالت لدخل النقص على الجميع فالرد ينبغي أن ينالهم أيضاً. فأما الزوجان فلا يرد عليهما باتفاق من أهل العلم، إلا أنه روي عن عثمان رضي الله عنه: أنه رد على زوج، ولعله كان عصبة أو ذا رحم فأعطاه لذلك أو أعطاه من مال بيت المال لا على سبيل الميراث وسبب ذلك إن شاء الله أن أهل الرد كلهم من ذوي الأرحام فيدخلون في عموم قول الله تعالى: ﴿وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾ والزوجان خارجان من ذلك وذهب زيد بن ثابت إلى أن الفاضل عن ذوي الفروض لبيت المال ولا يرد على أحد فوق فرضه وبه قال مالك والأوزاعي والشافعي رضي الله عنهم لأن الله تعالى قال في الأخت: ﴿فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾ [النساء: ١١] ومن رد عليها جعل لها الكل ولأنها ذات فرض مسمى فلا يرد عليها كالزوج.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾ [الأنفال: ٧٥] وهؤلاء من ذوي الأرحام وقد ترجحوا بالقرب إلى الميت فيكونون أولى من بيت المال لأنه لسائر المسلمين وذو الرحم أحق من الأجانب عملاً بالنص، وقد قال النبيّ ﷺ: «من ترك مالاً فلورثته ومن ترك كلاً فإليّ» وفي لفظ: «من ترك ديناً فإليّ ومن ترك مالاً فللوارث» متفق عليه وهذا عام في جميع المال، وروي عن النبيّ ﷺ أنه قال: «تحرز المرأة ثلاثة مواريث لقيطها وعتيقها والولد الذي لاعنت عليه» أخرجه ابن ماجة فجعل لها ميراث ولدها المنفي باللعان كله خرج من ذلك ميراث غيرها من ذوي الفروض بالإجماع وبقي الباقي على مقتضى العموم ولأنها من وراثه بالرحم فكانت أحق بالمال من بيت المال كعصباته فأما قوله تعالى: ﴿فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾ فلا ينفي أن يكون لها زيادة عليه بسبب آخر كقوله تعالى: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ﴾ [النساء: ١١] لا ينفي أن يكون للأب السدس وما فضل عن البنت بجهة التعصيب وقوله: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾ [النساء: ١٢] لم ينف أن يكون للزوج ما فضل إذا كان ابن عم أو مولى وكذلك الأخ من الأم إذا كان ابن عم والبنت وغيرها من ذوي الفروض إذا كانت معتقة كذا هاهنا تستحق النصف بالفرض والباقي بالرد وأما الزوجان فليسا من ذوي الأرحام.

مسألة: قال: (وإذا كانت أخت لأب وأم وأخت لأب وأخت لأم فللأخت لـلأب والأم النصف وللأخت للأب السدس وللأخت لـلأم السدس ومـا بقي يرد عليهن عـلى قدر سهامهن).

فصار المال بينهن على خمسة أسهم للأخت للأب والأم ثلاثة أخماس المال وللأخت للأب الخمس ولـلأخت للأم الخمس. طـريق العمل في الـرد أن تأخـذ سهام أهـل الـرد من أصـل مسـألتهم وهي أبداً تخـرج من ستة إذ ليس في الفـروض كلها مـالاً يؤخذ في الستـة إلا الـربـع والثمن وليس لغـير الزوجـين وليسا من أهـل الرد ثم تجعـل عدد سهـامهم أصل مسـألتهم كـما صارت السهام في المسألة العائلة هي المسألة التي تضرب فيها العدد الذي انكسرت عليه سهامه فكذا هاهنا إذا انكسر على فريق منهم ضربته في عدد سهامهم لأن ذلـك صار أصـل مسألتهم. وينحصر في ذلك أربعة أصول، أولها أصل اثنين كجـدة وأخ من أم لكل واحـد منهما السـدس أصلها اثنان ثم تقسم المال عليهما فيصير لكل واحـد منهما نصف المـال فإن كـان الجدات ثـلاثاً فلهن سهم لا ينقسم عليهن اضرب عددهن في أصل المسألة وهو اثنان تصير ستة للأخ من الأم النصف ثلاثة ولكل واحد منهم سهم أصل ثلاثة أم وأخ من أم وأم وأخوان لأم فإن كانوا ثلاثـة ضربت عددهم في أصل مسألتهم وهو ثلاثة صارت تسعة ومنها تصح ثلاث جدات وأربعة إخوة من أم للإخوة سهمان يوافقهم بالنصف يرجع عددهم إلى اثنـين تضربهما في عـدد الجدات ثم في أصل المسألة صارت ثمانية عشر ومنها تصح، أصل أربعة أخت لأبـوين وأخت لأب أو أم أو أخ لأم أو جـدة، بنت وأم أو جدة بنت وبنت ابن، فـإن كان بنـات الابن أربعاً ضربتهن في أصـل المسألة وهي أربعة صارت ستة عشر ومنها تصح، أصل خمسة ثلاث أخـوات مفترقـات للأخت من الأب والأم النصف وللأخت من الأب السدس ولـلأخت من الأم السدس. وهـذه مسألـة الخرقي، أم وأخت لأبوين أو لأب أم وأخت لأبوين وأخت لأب أو لأم. ولا تزيـد مسائـل الرد أبداً على هذا لأنها لو زادت سهماً لكمل المال ولم يبق شيء منه يـرد، ثلاث جـدات وبنت وأربع بنـات ابن أصلها من خمسـة وتصح من ستـين. ومتى كان الـرد على حيـز واحد فله جميـع المـال بالفرض والرد كأنه عصبة فإن كان شخصاً واحداً فالمال له، وإن كان جماعة قسمتـه عليهم على عددهم كالبنين والإخوة.

فصل: فإن كان معهم أحد الزوجين أعطيته فرضه من أصل مسألتـه وقسمت الباقي من مسألته على فريضـة أهل الـرد فإن انقسم صحت المسـألتان ولا يتفق هـذا إلا أن يكون للزوج امـرأة لها الـربع. ومسـألة أهـل الرد من ثـلاثة كـامرأة وأم وأخ لأم أو أم وأخـوين لأم أو جـدة وأخوين لأم فللمرأة الربع من أربعة يبقى ثلاثة على فريضة أهل الرد وهي ثلاثة فتصح عليها، ويصح الجميع من أربعة فإن انكسر على عدد منه ضربته في أربعـة كأربـع زوجات وأم وأخ لأم

تصح من ستة عشر وإن لم ينقسم فأصل مسألة الزوج على فريضة أهل الرد لم يمكن أن يوافقها أيضاً فاضرب فريضة الرد في فريضة الزوج فما بلغ فإليه تنتقل المسألة فإذا أردت القسمة فلأحد الزوجين فريضة الرد ولكل واحد من أهل الرد سهامه من مسألته مضروبة في فاضل فريضة الزوج فما بلغ فهو له إن كان واحداً وإن كانوا جماعة قسمته عليهم فإن لم ينقسم ضربته أو وفقه فيما انتقلت إليه المسألة وتصح على ما مضى في باب التصحيح وهذا ينحصر في أصول خمسة.

أحدها: زوج وجدة وأخ لأم. للزوج النصف وأصل مسألته من اثنين له سهم يبقى سهم على مسألة الرد وهي اثنان فتضرب اثنين في اثنين يكن أربعة ولا يقع الكسر في هذا الأصل إلا على فريق واحد وهو الجدات فإذا كان أكثر من جدة واحدة فاضرب عددهن في أربعة فما بلغ فمنه تصح.

الأصل الثاني: زوجة وجدة وأخ لأم مسألة الزوجة من أربعة ثم تنتقل إلى ثمانية ولا يكون الكسر إلا على الجدات أيضاً.

الأصل الثالث: زوج وبنت وبنت ابن مسألة الزوج من أربعة ثم تنتقل إلى ستة عشر وكذلك زوجة وأخت لأبوين وأخت لأب أو أخت لأم أو جد أو جدة ومثلها زوجة وأخت لأب وأخت لأم أو جدة.

الأصل الرابع: زوجة وبنت وبنت ابن ابن أو أم أو جدة مسألة الزوجة من ثمانية ثم تنتقل إلى اثنين وثلاثين.

الأصل الخامس: زوجة وبنتان وأم مسألة الزوجة من ثمانية ثم تنتقل إلى أربعين وكذلك زوجة وبنت وبنت ابن وأم أو جدة، أخت من أبوين وأخت أو أخوات من أب وأخت من أم أو أم أو جدة، أختان من أبوين أو من أب وأم أو جدة وأخ من أم وفي جميع ذلك إذا انكسرت سهام فريق منهم عليهم ضربته فيما انتقلت إليه المسألة ومثال ذلك: أربع زوجات وإحدى وعشرون بنتاً وأربع عشرة جدة مسألة الزوجات من ثمانية فتضرب فيها فريضة الرد وهي خمسة تكن أربعين. للزوجات فريضة أهل الرد خمسة على أربعة لا تصح ولا توافق ويبقى خمسة وثلاثون للجدات خمسها سبعة على أربعة عشر توافق بالأسباع فيرجعن إلى اثنين ويبقى للبنات ثمانية وعشرون توافقهن بالأسباع فيرجعن إلى ثلاث والاثنان ثم تدخلان في عدد الزوجات فتضرب ثلاثاً في أربع تكن اثني عشر ثم في أربعين تكن أربعمائة وثمانين ومتى كان مع أحد الزوجين واحد من أهل الرد أخذ الفاضل كله كأنه عصبة ولا تنتقل المسألة وإن كان معهم فريق واحد من أهل الرد كالبنات أو الأخوات قسمت الفاضل عليهم كأنهم عصبة فإن انكسر عليهم ضربت عددهم في مسألة الزوج.

باب الجدات

مسألة: قال أبو القاسم رحمه الله: (وللجدة إذا لم تكن أم السدس).

قال أبو بكر بن المنذر: أجمع أهل العلم على أن للجدة السدس إذا لم يكن للميت أم، وحكى غيره رواية شاذة عن ابن عباس: أنها بمنزلة الأم، لأنها تدلي بها فقامت مقامها كالجد يقوم مقام الأب.

ولنا: ما روى قبيصة بن ذؤيب قال: جاءت الجدة إلى أبي بكر تطلب ميراثها فقال: ما لك في كتاب الله عز وجل شيء. وما أعلم لك في سنة رسول الله ﷺ شيئاً. ولكن ارجعي حتى أسأل الناس، فقال المغيرة بن شعبة: حضرت رسول الله ﷺ أعطاها السدس، فقال: هل معك غيرك؟ فشهد له محمد بن مسلمة، فأمضاه لها أبو بكر، فلما كان عمر جاءت الجدة الأخرى فقال: ما لك في كتاب الله شيء. فما كان القضاء الذي قضي به إلا في غيرك، وما أنا بزائد في الفرائض شيئاً، ولكن هو ذاك السدس، فإن اجتمعتما فهو لكما وأيتكما خلت به فهو لها. رواه مالك في موطئه وأبو داود والترمذي وقال: حديث حسن صحيح. وأما الجد فلا يقوم مقام الأب في جميع أحواله على ما ذكرناه، وأجمع أهل العلم على أن الأم تحجب الجدات من جميع الجهات. وقد روى ابن بريدة عن أبيه أن النبيّ ﷺ جعل للجدة السدس إذا لم يكن دونها أم. رواه أبو داود، وهذا يدل على أنها لا ترث معها شيئاً، ولأن الجدة تدلي بالأم فسقطت بها، كسقوط الجد بالأب وابن الابن به فأما أم الأب فإنها أيضاً إنما ترث ميراث أم، لأنها أم، ولذلك ترث وابنها حي، ولو كان ميراثها من جهته ما ورثت مع وجوده.

مسألة: قال: (وكذلك إن كثرن لم يزدن على السدس فرضاً).

أجمع أهل العلم على أن ميراث الجدات السدس وإن كثرن وذلك لما روينا من الخبر وأن عمر شرك بينهما. وقد روي نحو ذلك عن أبي بكر رضي الله عنه. فروى سعيد حدثنا سفيان

وهشيم عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد قال: جاءت الجدتان إلى أبي بكر رضي الله عنه، فأعطى أم الأم الميراث دون أم الأب. فقال له عبد الرحمٰن بن سهيل بن حارثة، وكان شهد بدراً: يا خليفة رسول الله أعطيت التي إن ماتت لم يرثها ومنعت التي لو ماتت ورثها؟ فجعل أبو بكر السدس بينهما. ولأنهن ذوات عدد لا يشركهن ذكر فاستوى كثيرهن وواحدتهن كالزوجات، وقول الخرقي: لم يزدن على السدس فرضاً. يريد به التحرز من زيادتهن بالرد، فإنهن يأخذن في الرد زيادة على السدس على ما قد مضى ذكره.

فصل: ولا خلاف بين أهل العلم في توريث جدتين أم الأم وأم الأب. وكذلك إن علتا وكانتا في القرب سواء كأم أم وأم أم أب إلا ما حكي عن داود أنه لا يورث أم أم الأب شيئاً لأنه لا يرثها فلا ترثه ولأنها غير مذكورة في الخبر.

ولنا: إن النبيّ ﷺ أعطى ثلاث جدات. ومن ضرورته أن يكون فيهن أم أم الأب أو من هي أعلى منها. وما ذكره داود فهو قياس وهو لا يقول بالقياس، ثم هو باطل بأم الأم فإنها ترثه ولا يرثها، وقوله: ليست مذكورة في الخبر. قلنا: وكذلك أم أم الأم واختلفوا في توريث ما زاد عليهما. فذهب أبو عبد الله إلى توريث ثلاث جدات من غير زيادة عليهن. وروي ذلك عن علي وزيد بن ثابت وابن مسعود رضي الله عنهم. وروي نحوه عن مسروق والحسن وقتادة، وبه قال الأوزاعي وإسحاق، وروي عن سعد بن أبي وقاص ما يدل على أنه لا يورث أكثر من جدتين. وحكي ذلك عن أبي بكر بن عبد الرحمٰن بن الحارث بن هشام وسليمان بن يسار وطلحة بن عبد الله بن عوف وربيعة وابن هرمز ومالك وابن أبي ذئب وأبي ثور وداود وقاله الشافعي في القديم، وحكي عن الزهري أنه قال: لا نعلم ورث في الإسلام إلا جدتين. وحكي عن سعد بن أبي وقاص أنه أوتر بركعة فعابه ابن مسعود فقال سعد: أتعيبني وأنت تورث ثلاث جدات؟.

وروي عن ابن عباس أنه ورث الجدات وإن كثرن إذا كن في درجة واحدة إلا من أدلت بأب غير وارث كأم أب الأم. قال ابن سراقة وبهذا قال عامة الصحابة إلا شاذاً. وإليه ذهب الحسن وابن سيرين والثوري وأبو حنيفة وأصحابه وهو رواية المزني عن الشافعي رضي الله عنه وهو ظاهر كلام الخرقي. فإنه سمى ثلاث جدات متحاذيات ثم قال: وإن كثرن فعلى ذلك، واحتجوا بأن الزائدة جدة أدلت بوارث فوجب أن ترث كأحد الثلاث.

ولنا: ما روى سعيد عن ابن عيينة عن منصور عن إبراهيم أن النبيّ ﷺ ورث ثلاث جدات اثنتين من قبل الأب وواحدة من قبل الأم. وأخرجه أبو عبيد والدارقطني.

وروى سعيد أيضاً عن إبراهيم أنه قال: كانوا يرثون من الجدات ثلاثاً، اثنتين من قبل الأب وواحدة من قبل الأم. وهذا يدل على التحديد بثلاث وأنه لا يرث أكثر منهن. وإذا ثبت

هذا فإن الوارثات هي أم الأم وإن علت درجتها وأم الأب وأمهاتها وإن علت درجتهن وأم الجد وأمهاتها ولا ترث أم أب الجد. ولا كل جدة أدلت بأكثر من ثلاثة آباء وهؤلاء الجدات المختلف فيهن وأجمع أهل العلم على أن الجدة المدلية بأب غير وارث لا ترث وهي كل جدة أدلت بأب بين أمَّين كأم أبي الأم إلا ما حكي عن ابن عباس وجابر بن زيد ومجاهد وابن سيرين أنهم قالوا: ترث. وهو قول شاذ لا نعلم اليوم به قائلاً وليس بصحيح فإنها تدلي بغير وارث فلم ترث كالأجانب وأمثلة ذلك: أم أم وأم أب السدس بينهما إجماعاً، أم أم أم وأم أم أب وأم أبي أب وأم أبي أم السدس للثلاث الأول إلا عند مالك وموافقيه فإنه للأوليين وعند داود هو للأولى وحدها. ولا ترث الرابعة إلا في قول شاذ عن ابن عباس وموافقيه أم أم أم أم وأم أم أب، وأم أم أبي أب، وأم أبي أبي أب، وأم أم أبي أم، وأم أبي أم أم، وأم أبي أبي أم، وأم أبي أم أب السدس للأولى عند داود وللأوليين عند مالك وموافقيه وللثلاث الأول عند أحمد وموافقيه وللأربع الأول عند أبي حنيفة وموافقيه وتسقط الأربع الباقيات إلا في الرواية الشاذة، وفي الجملة: لا يرث من قبل الأم إلا واحدة ولا من قبل الأب إلا اثنتان وهما اللتان جاء ذكرهما في الخبر إلا عند أبي حنيفة وموافقيه فإنه كلما علون درجة زاد في عددهن من قبل الأب واحدة.

مسألة: قال: (وإن كان بعضهن أقرب من بعض الميراث لأقربهن).

أما إذا كانت إحدى الجدتين أم الأخرى فأجمع أهل العلم على أن الميراث للقربى وتسقط البعدى بها، وإن كانتا من جهتين والقربى من جهة الأم فالميراث لها وتحجب البعدى في قول عامتهم، إلا ما روي عن ابن مسعود ويحيى بن آدم وشريك أن الميراث بينهما، وعن ابن مسعود إن كانتا من جهتين فهما سواء وإن كانتا من جهة واحدة فهو للقربى. يعني به أن الجدتين من قبل الأب إذا كانت إحداهما أم الأب والأخرى أم الجد سقطت أم الجد بأم الأب وسائر أهل العلم على أن القربى من جهة الأم تحجب البعدى من جهة الأب فأما القربى من جهة الأب فهل تحجب البعدى من جهة الأم؟ فعن أحمد فيها روايتان:

إحداهما: أنها تحجبها ويكون الميراث للقربى وهذا قول عليّ عليه السلام وإحدى الروايتين عن زيد وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وأهل العراق وهو قول الشافعي. **والرواية الثانية**: عن أحمد هو بينهما وهي الرواية الثابتة عن زيد. وبه قال مالك والأوزاعي وهو القول الثاني للشافعي رضي الله عنهم لأن الأب الذي تدلي به الجدة لا يحجب الجدة من قبل الأم فالتي تدلي به أولى أن لا يحجبها وبهذا فارقتها القربى من قبل الأم فإنها تدلي بالأم وهي تحجب جميع الجدات.

ولنا: إنها جدة قربى فتحجب البعدى كالتي من قبل الأم ولأن الجدات أمهات يرثن ميراثاً واحداً من جهة واحدة فإذا اجتمعن بالميراث لأقربهن كالآباء والأبناء والإخوة والبنات.

وكل قبيل إذا اجتمعوا فالميراث لأقربهم، وقولهم: إن الأب لا يسقطها. قلنا: لأنهن لا يرثن ميراثه إنما يرثن ميراث الأمهات لكونهن أمهات ولذلك أسقطتهن الأم والله أعلم.

مسائل: من ذلك أم أم وأم أم أب: المال للأولى إلا في قول ابن مسعود هو بينهما. أم أب وأم أم المال للأولى في قول الخرقي، وفي الرواية الأخرى هو بينهما، أم أب وأم أم وأم جد: المال للأوليين في قول الجميع إلا في قول شريك وموافقيه هو بينهن. أم أب وأم أم وأم أم وأم أبي أب: هو للأوليين في قول الجميع.

فصل: إذا اجتمعت جدة ذات قرابتين مع أخرى. فقياس قول أبي عبد الله: أن السدس بينهما أثلاثاً لذات القرابتين ثلثاه وللأخرى ثلثه، كذلك قال أبو الحسن التميمي وأبو عبد الله العربي، ولعلهما أخذا ذلك من قوله في توريث المجوس بجميع قراباتهم. وهذا قول يحيى بن آدم والحسن بن صالح ومحمد بن الحسن والحسن بن زياد وزفر وشريك، وقال الثوري والشافعي رضي الله عنه وأبو يوسف: السدس بينهما نصفان وهو قياس قول مالك لأن القرابتين إذا كانتا من جهة واحدة لم يرث بهما جميعاً كالأخ من الأب والأم.

ولنا: إنها شخص ذو قرابتين ترث بكل واحدة منها منفردة ولا يرجح بها على غيره فوجب أن يرث بكل واحدة منهما كابن العم إذا كان أخاً أو زوجاً، وفارق الأخ من الأبوين فإنه رجح بقرابتيه على الأخ من الأب، ولا يجمع بين الترجيح بالقرابة الزائدة والتوريث بها، فإذا وجد أحدهما انتفى الآخر، وهاهنا قد انتفى الترجيح فيثبت التوريث. وصورة ذلك: أن يتزوج ابن ابن المرأة بنت بنتها فيولد لهما ولد فتكون المرأة أم أم أمه وهي له أم أبي أبيه. وإن تزوج ابن بنتها بنت بنتها فهي أم أم أمه وأم أم أبيه. وإن أدلت الجدة بثلاث جهات ترث بهن لم يمكن أن يجتمع معها جدة أخرى وارثة عند من لا يورث أكثر من ثلاث.

مسألة: قال: (والجدة ترث وابنها حي).

وجملته: أن الجدة من قبل الأب إذا كان ابنها حياً وارثاً فإن عمر وابن مسعود وأبا موسى وعمران بن الحصين وأبا الطفيل رضي الله عنهم ورثوها مع ابنها، وبه قال شريح والحسن وابن سيرين وجابر بن زيد والعنبري وإسحاق وابن المنذر وهو ظاهر مذهب أحمد بن حنبل رضي الله عنه وقال زيد بن ثابت لا ترث وروي ذلك عن عثمان وعلي رضي الله عنهما وبه قال مالك والثوري والأوزاعي وسعيد بن عبد العزيز والشافعي وابن جابر وأبو ثور وأصحاب الرأي، وهو رواية عن أحمد رواه عنه جماعة من أصحابه ولا خلاف في توريثها مع ابنها إذا كان عماً أو عم أب لأنها لا تدلي به، واحتج من أسقطها بأبيها بأنها تدلي به فلا ترث معه كالجد مع الأب وأم الأم مع الأم.

ولنا: ما روى ابن مسعود رضي الله عنه قال: أول جدة أطعمها رسول الله ﷺ السدس أم أب مع ابنها وابنها حي. أخرجه الترمذي. ورواه سعيد بن منصور إلا أن لفظه: أول جدة أطعمت السدس أم أب مع ابنها. وقال ابن سيرين: أول جدة أطعمها رسول الله ﷺ أم أب مع ابنها. ولأن الجدات أمهات يرثن ميراث الأم لا ميراث الأب فلا يحجبن به كأمهات الأم. **مسائل ذلك**: أم أب وأب لها السدس والباقي له. وعلى القول الآخر: الكل له دونها أم أم وأم أب وأب: السدس بينهما على القول الأول، وعلى الثاني: السدس لأم الأم والباقي للأب. وقيل: لأم الأم نصف السدس والباقي للأب. لأن الأب لو عدم لم يكن لأم الأم إلا نصف السدس، فلا يكون لها مع وجوده إلا ما كان لها مع عدمه، والأول أصح لأن الإخوة مع الأبوين يحجبون الأم عن نصف ميراثها ولا يأخذون ما حجبوها عنه بل يتوفر ذلك على الأب كذا هاهنا. ثلاث جدات متحاذيات وأب: السدس بينهن على القول الأول، ولأم الأم على القول الثاني وعلى الثالث: لأم الأم ثلث السدس والباقي للأب وإن كان مع المتحاذيات جدات لم يحجب إلا أمه[1] أب وأم أب وأم أم أم، على قول الخرقي: السدس لأم الأب ومن حجب الجدة بابنها أسقط أم الأب، ثم اختلف القائلون بذلك. فقيل: السدس كله لأم أم الأم، لأن التي تحجبها أو تزاحمها قد سقط حكمها فصارت كالمعدومة. وقيل: بل لها نصف السدس على قول زيد لأنه يورث البعدى من جهة الأم مع القربى من جهة الأب، فكان لها نصف السدس. وقيل: لا شيء لها لأنها انحجبت بأم الأب ثم انحجبت أم الأب بالأب فصار المال كله للأب.

مسألة: قال: (والجدات المتحاذيات أن تكون أم أم وأم أم أب وأم أبي أب وإن كثرن، فعلى ذلك).

يعني بالمتحاذيات المتساويات في الدرجة بحيث لا تكون واحدة أعلى من الأخرى ولا أنزل منها، لأن الجدات إنما يرثن كلهن إذا كن في درجة واحدة ومتى كان بعضهن أقرب من بعض فالميراث لأقربهن، فإذا قيل: ترك جدتين وارثتين على أقرب المنازل فهما أم أمه وأم أبيه. وإن قيل: ترك ثلاثاً فهن كما قال الخرقي: أم أم وأم أم أب وأم أبي أب، واحدة من قبل الأم واثنتان من قبل الأب، وهما أم أمه وأم أبيه كما جاء الحديث، وفي درجتهن أخرى من قبل الأم غير وارثة وهي أم أبي الأم، ولا يرث أبداً من قبل الأم إلا واحدة وهي التي كل نسبها أمهات لا أب فيهن. فاحفظ ذلك، فإن قيل: ترك أربعاً فهن أم أم أم وأم أم أب وأم أم أبي أب وأم أبي أبي أب. وفي درجتهن أربع غير وارثات، وقد ذكرناهن فيما تقدم، إلا أن مذهب أحمد لا يورث أكثر من ثلاث جدات وهن الثلاث الأول. ويحتمل قول الخرقي توريثهن وإن كثرن، فعلى هذا القول كلما زاد درجة زادت جدة، ويرث في الدرجة الخامسة خمس، وفي السادسة

(١) وفي نسخة جد لم يرثه إلا أمه.

ست، وفي السابعة سبع وعلى هـذا أبداً، وقـول الخرقي: وإن كـثرن فعلى ذلـك، ويحتمل أنـه ذهب إلى توريث الجدات على هذا الوجه وإن كـثرن. ويحتمل أنـه أراد وإن كثرن فـلا يرث إلا هؤلاء الثلاث، فعلى هذا القول، لا يرث أكثر من ثلاث: واحدة من قبل الأم واثنتان من قبـل الأب وهما أم أمه وأم أبيه وأمهاتهما، ولا يرث جدة في نسبها أب بين أمَّين ولا ثـلاثة آبـاء، وإن أردت تنزيل الجدات الوارثات وغيرهن فاعلم أن للميت في الدرجة الأولى: جدتـين أم أمه وأم أبيه، وفي الثانية: أربع لأن لكل واحد من أبويه جدتين فهـما أربع بـالنسبة إليـه. وفي الثالثـة: ثمان لأن لكل واحد من أبويه أربعاً على هذا الوجه. فيكون لولدهما ثمان. وعلى هـذا كلما علون درجة تضاعف عددهن ولا يرث منهن إلا ثلاث والله أعلم.

باب من يرث من الرجال والنساء

مسألة: قال: (ويرث من الرجال الابن ثم ابن الابن وإن سفل، والأب ثم الجد وإن علا والأخ ثم ابن الأخ والعم ثم ابن العم والزوج ومولى النعمة ومن النساء البنت وبنت الابن والأم والجدة والأخت والزوجة ومولاة النعمة).

فهؤلاء مجمع على توريثهم. وأكثرهم ثبت توريثه بالكتاب والسنة فالابن ثبت ميراثه بقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١] وابن الابن والأبوان وثبت ميراثهما بقوله تعالى: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ﴾ [النساء: ١١] والجد يحتمل أن يتناوله قوله تعالى: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ﴾ كما دخل ابن الابن في عموم «أولادكم» والأخ والأخت من الأم ثبت ميراثهما بقوله تعالى: ﴿وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ﴾ [النساء: ١٢] وولد الأبوين والأب ثبت إرثه بقوله تعالى: ﴿وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ﴾ [النساء: ١٧٦] وأما ابن الأخ للأبوين أو للأب والعم وابنه وعم الأب وابنه فثبت ميراثهم بقول النبيِّ ﷺ: «ما أبقت الفروض فلأولى رجل ذكر» ولم يدخل فيهم ولد الأم ولا العم للأم ولا ابنه ولا الخال ولا أبو الأم لأنهم ليسوا من العصبات وأما المولى المعتق والموالاة فثبت إرثهما بقوله عليه السلام: «الولاء لمن أعتق» والجدة أطعمها النبيُّ ﷺ السدس. والزوج ثبت إرثه بقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾ [النساء: ١٢] والزوجة ثبت بقوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ﴾ [النساء: ١٢].

فصل: وجميعهم ضربان ذو فرض وعصبة. فالذكور كلهم عصبات إلا الزوج والأخ من الأم وإلا الأب والجد مع الابن، والإناث كلهن إذا انفردن عن إخوتهن ذوات فرض إلا المولاة المعتقة وإلا الأخوات مع البنات. وعدد العصبات: الابن وابنه وإن نزل والأب وأبوه وإن علا والأخ من الأبوين والأخ من الأب وابناهما وإن نزلا والعمان كذلك وابناهما وإن نزلا وعما الأب

وابناهما كذلك أبداً ومولى النعمة. وعدد الإناث: البنات وبنات الابن والأم والجدة من الجهتين وإن علت، والأخوات من الجهات الثلاث والأخ من الأم والزوج والزوجة. ومن لا يسقط بحال خمسة: الزوجان والأبوان وولد الصلب لأنهم يمتون بأنفسهم من غير واسطة بينهم وبين الميت يحجبهم ومن سواهم من الوارث إنما يمت بواسطة سواه فيسقط بمن هو أولى بالميت منه.

باب ميراث الجد

روى أبو داود بإسناده عن قتادة عن الحسن عن عمران بن الحصين أن رجلاً أتى النبيّ ﷺ فقال: إن ابن ابني مات فما لي من ميراثه؟ قال: «لك السدس». فلما أدبر دعاه فقال: «إن لك سدساً آخر». فلما أدبر دعاه فقال: «إن لك السدس الآخر طعمة» قال قتادة: فلا ندري أي شيء ورثه. قال قتادة: أقل شيء ورث الجد السدس، وروي عن الحسن أيضاً أن عمر رضي الله عنه قال: أيكم يعلم ما ورث رسول الله ﷺ الجد؟ فقال معقل بن يسار: أنا، ورثه رسول الله ﷺ السدس، قال: مع من؟ قال: لا أدري، قال: لا دريت قال: فما يغني إذاً؟ رواه سعيد في سننه. قال أبو بكر بن المنذر: أجمع أهل العلم من أصحاب رسول الله ﷺ على أن الجد أبا الأب لا يحجبه عن الميراث غير الأب وأنزلوا الجد في الحجب والميراث منزلة الأب في جميع المواضع إلا في ثلاثة أشياء. **أحدها**: زوج وأبوان. **والثانية**: زوجة وأبوان للأم ثلث الباقي فيهما مع الأب وثلث جميع المال لو كان مكان الأب جد. **والثالثة**: اختلفوا في الجد مع الإخوة والأخوات للأبوين أو للابن. ولا خلاف بينهم في إسقاطه بني الإخوة وولد الأم ذكرهم وأنثاهم وذهب الصديق رضي الله عنه إلى أن الجد يسقط جميع الإخوة والأخوات من جميع الجهات كما يسقطهم الأب وبذلك قال عبد الله بن عباس وعبد الله بن الزبير، وروي ذلك عن عثمان وعائشة وأبي بن كعب وأبي الدرداء ومعاذ بن جبل وأبي موسى وأبي هريرة رضي الله عنهم. وحكي أيضاً عن عمران بن الحصين وجابر بن عبد الله وأبي الطفيل وعبادة بن الصامت وعطاء وطاوس وجابر بن زيد وبه قال قتادة وإسحاق وأبو ثور ونعيم بن حماد وأبو حنيفة والمزني وابن شريح وابن اللبان وداود وابن المنذر، وكان علي بن أبي طالب وابن مسعود وزيد بن ثابت رضي الله عنه يورثونهم معه ولا يحجبونهم به وبه قال مالك والأوزاعي والشافعي وأبو يوسف ومحمد، لأن الأخ ذكر يعصب أخته فلم يسقطه الجد كالابن ولأن ميراثهم ثبت بالكتاب فلا يحجبون إلا بنص أو إجماع أو قياس وما وجد شيء من ذلك فلا يحجبون، ولأنهم

تساووا في سبب الاستحقاق فيتساوون فيه، فإن الأخ والجد يدليان بـالأب الجد أبـوه والأخ ابنه وقـرابة البنـوة لا تنقص عن قرابـة الأبوة بـل ربما كـانت أقوى فـإن الابن يسقط تعصيب الأب ولذلك مثله: علي رضي الله عنه بشجرة أنبتت غصناً فـانفرق منـه غصنان كـل واحد منهـما إلى الآخر أقرب منـه إلى أصل الشجـرة. ومثله: زيد بـواد خرج منـه نهر انفرق منـه جدولان كـل واحد منهما إلى الآخـر أقربُ منـه إلى الوادي. واحتـج من ذهب مذهب أبي بكـر رضي الله عنه بقول النبيّ ﷺ: «ألحقوا الفرائض بأهلهـا، وما بقي فـلأولى عصبة ذكـر» والجد أولى من الأخ بدليل المعنى والحكم. أما المعنى فإنه له قرابة إيلاد وبعضية كالأب وأما الحكم فإن الفروض إذا ازدحمت سقط الأخ دونه ولا يسقطه أحد إلا الأب،والإخوة والأخوات يسقطون بثلاثة، ويجمع لـه بين الفـرض والتعصيب كالأب، وهم ينفـردون بواحـد منهما، ويسقط ولـد الأم وولد الأب يسقـطون بهم بالإجمـاع إذا استغرقت الفـروض المال وكـانوا عصبـة، وكذلـك ولد الأبـوين في المشركة عند الأكثرين، ولأنه لا يقتل بقتل ابن ابنه ولا يحد بقـذفه ولا يقـطع بسرقة مـاله ويجب عليه نفقته ويمنع من دفع زكاته إليه كالأب سـواء. فدل ذلـك على قـوته. فـإن قيل: فـالحديث حجة في تقديم الأخوات لأن فروضهن في كتـاب الله فيجب أن تلحق بهن فروضهن، ويكـون للجد ما بقي. فالجواب: أن هذا الخبر حجة في الذكـور المنفردين وفي الـذكور مـع الإناث، أو نقول: هو حجة في الجميع ولا فرض لولد الأب مع الجد لأنهم كلالة والكلالة اسم للوارث مع عدم الولد والوالد فلا يكون لهم معه إذاً فـرض. حجة أخـرى: قالـوا الجد أب فيحجب ولـد الأب كـالأب الحقيقي ودليل كـونه أبـاً قولـه تعالى: ﴿مِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ﴾ [الحج: ٧٨] وقـول يوسف: ﴿وَاتَّبَعْتُ مِلَّةَ آبَائِي إِبْرَاهِيمَ وَإِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ﴾ [يوسف: ٣٨] وقـوله: ﴿كَمَـا أَتَمَّهَا عَلَىٰ أَبَوَيْكَ مِنْ قَبْلُ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْحَاقَ﴾ [يوسف: ٦] وقال النبيّ ﷺ: «ارموا بني إسـماعيل فـإن أباكم كان رامياً» وقال: «سام أبو العرب، وحام أبو الحبش» وقال: «نحن بني النضر بن كنانة، لا نقفوا أمنا ولا تنفي من أبينا» وقال الشاعر:

إنـا بـني نهشـل لا نـدعـي لأب ... عنـه ولا هـو بـالأبنـاء يشرينـا

فوجب أن يحجب الإخوة كالأب الحقيقي، يحقق هذا أن ابن الابن وإن سفل يقوم مقـام أبيه في الحجب، وكذلك أبو الأب يقوم مقام ابنه. ولذلك قال ابن عبـاس: ألا يتقي الله زيد؟ يجعل ابن الابن ابناً ولا يجعل أبا الأب أباً. ولأن بينهما إيلاداً وبعضية وجزئية وهو يساوي الأب في أكثر أحكامه فيساويه في هذا الحجب يحققه أن أبا الأب وإن علا يسقط بني الإخوة ولو كانت قرابة الجد والأخ واحدة لوجب أن يكون أبو الجد مسـاوياً لبني الأخ لتساوي درجة من أدليـا به والله أعلم. ولا تفريع على هذا القول لوضوحه.

فصـل: اختلف القائلون بتـوريثهم معه في كيفيـة توريثهم. فكـان عـلي رضي الله عنـه يفرض للأخوات فروضهن والباقي للجد إلا أن ينقصه ذلك من السدس فيفرضه له فإن كانت

أخت لأبـوين وإخوة لأب فـرض للأخت النصف وقـاسم الجد الإخوة فيما بقي إلا أن تنقصـه المقاسمة من السدس فنفرضه له فإن كان الإخـوة كلهم عصبة قـاسمهم الجد إلى السـدس فإن اجتمع ولد الأب وولد الأبوين مع الجد سقط ولد الأب ولم يدخلوا في المقـاسمة ولا يعتـد بهم، وإن انفرد ولد الأب قاموا مقام ولد الأبوين مع الجد، وصنع ابن مسعـود في الجد مـع الأخوات كصنع عليّ عليه السلام وقاسم به الإخوة إلى الثلث. فإن كـان معهم أصحاب فـرائض أعطى أصحاب الفرائض فرائضهم، ثم صنع صنيع زيد في إعـطاء الجد الأحظ من المقـاسمة أو ثلث الباقي أو سدس جميـع المال، وعـلي يقاسم بـه بعد أصحـاب الفرائض إلا أن يكـون أصحاب الفـرائض بنتاً أو بنـات فلا يـزيد الجـد عـلى الثلث ولا يقـاسم بـه، وقـال بقـول عـلي الشعبي والنخعي والمغـيرة وابن المقسم وابن أبي ليلى والحسن بن صـالح، وذهب إلى قـول ابن مسعـود ومسروق وعلقمة وشريح، وأما مذهب زيـد فهو الـذي ذكره الخـرقي وسنشرحه إن شـاء الله، وإليه ذهب أحمد وبه قال أهل المدينـة وأهل الشـام والثوري والأوزاعي والنخعي والحجـاج بن أرطاة ومالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن وأبو عبيد وأكثر أهل العلم.

مسألة: قال أبو القاسم رحمه الله: (ومـذهب أبي عبد الله رحمـه الله في الجد قـول زيد بن ثابت رضي الله عنه. وإذا كان إخوة وأخوات وجـد قاسم الجـد بمنزلـة أخ حتى يكون الثلث خيراً، فإن كان الثلث خيراً له أعطي ثلث جميع المال).

وجملة ذلك: أن مذهب زيد في الجد مع الإخوة والأخوات للأبوين أو للأب أنـه يعطيـه الأحظ من شيئين إما المقاسمة كأنه أخ وإمـا ثلث جميع المـال فعلى هـذا إن كان الإخـوة اثنين أو أربع أخوات أو أخ وأختين فالثلث والمقاسمة سواء فأعـطه ما شئت منهـا وإن نقصوا عن ذلـك فالمقاسمة أحظ له فقاسم به لا غير وإن زادوا فالثلث خير له فأعطه إيـاه وسواء كـانوا من أب أو من أبـوين، وإن اجتمع ولـد الأبوين وولـد الأب فإن ولـد الأبوين يعـادون الجـد بـولـد الأب ويحتسبون بهم عليه ثم مـا حصل لهم أخـذه منهم ولد الأبـوين إلا أن يكون ولـد الأبوين أختـاً واحدة فتأخـذ منهم تمام نصف المـال ثم ما فضـل فهو لهم. ولا يمكن أن يفضـل عنهم أكثر من السدس لأن أدنى ما للجد الثلث وللأخت النصف والباقي بعدهما هو السدس.

مسألة: قال: (فإن كـان مع الجـد والإخوة والأخـوات أصحاب فـرائض أعطي أصحاب الفرائض فرائضهم، ثم ينظر فيـما بقي. فإن كـانت المقاسمـة خيراً للجـد من ثلث ما بقي ومن سدس جميع المال أعطي المقاسمة، وإن كان ثلث مـا بقي خيراً لـه من المقاسمة ومن سدس جميع المال أعطي ثلث ما بقي، فإن كان سدس جميـع المال أحظ لـه من المقاسمة ومن ثلث ما بقي أعطي سدس جميع المال).

أما كونه لا ينقص عن سدس جميع المال فلأنه لا ينقص عن ذلك مع الولد الذي هو أقوى فمع غيرهم أولى، وأما إعطاؤه ثلث الباقي إذا كان أحظ له فلأن له الثلث مع عدم الفروض فما أخذ بالفرض فكأنه ذهب من المال فصار ثلث الباقي بمنزلة ثلث جميع المال، وأما المقاسمة فهي له مع عدم الفروض فكذلك مع وجودها فعلى هذا متى زاد الإخوة عن اثنين أو من يعدلهم من الإناث فلا حظ له في المقاسمة ومتى نقصوا عن ذلك فلا حظ له في ثلث الباقي ومتى زادت الفروض على النصف فلا حظ له في ثلث ما بقي، وإن نقصت عن النصف فلا حظ له في السدس. وإن كان الفرض النصف فحسب استوى السدس وثلث الباقي. وإن كان الإخوة اثنين استوى ثلث الباقي والمقاسمة.

مسألة: قال: (ولا ينقص الجد أبداً من سدس جميع المال أو تسميته إذا زادت السهام).

هذا قول عامة أهل العلم إلا أنه روي عن الشعبي أنه قال: إن ابن عباس كتب إلى علي في ستة إخوة وجد. فكتب إليه: اجعل الجد سابعهم وامح كتابي هذا. وروي عنه في سبعة إخوة وجد: أن الجد ثامنهم. وحكي عن عمران بن حصين والشعبي المقاسمة إلى نصف سدس المال.

ولنا: إن الجد لا ينقص عن السدس مع البنين وهم أقوى ميراثاً من الإخوة فإنهم يسقطونهم فلأن لا ينقص عنه مع الإخوة أولى ولأن النبيّ ﷺ أطعم الجد السدس. فلا ينبغي أن ينقص منه، وأما قوله: «أو تسميته إذا زادت السهام» فإنه يعني إذا عالت المسألة فإنه يسمي له السدس وهو ناقص عن السدس. ألا ترى أنا نقول في زوج وأم وابنتين وجد: له السدس ونعطيه سهمين من خمسة عشر سهماً وهما ثلث الخمس، ومتى أفضت المسألة إلى العول سقط الإخوة والأخوات إلا في الأكدرية. ولا ينقص الجد عن السدس الكامل في مسألة يرث فيها أحد من الإخوة والأخوات.

مسألة: قال: (وإذا كان أخ لأب وأم وأخ لأب وجد قاسم الجد الأخ للأب والأم والأخ للأب على ثلاثة أسهم، ثم رجع الأخ للأب والأم على ما في يد أخيه لأبيه فأخذه).

قد ذكرنا أن الجد يقاسم الإخوة كأخ ما لم تنقصه المقاسمة عن الثلث وأن ولد الأبوين يعادون الجد بولد الأب ثم يأخذون ما حصل لهم وأنه متى كان اثنان من الإخوة وجد استوى الثلث والمقاسمة. ففي هذه المسألة قد استوى الثلث والمقاسمة ولذلك اقتسما على ثلاثة لكل واحد سهم ثم أخذ الأخ للأبوين ما حصل لأخيه من أبيه، وإن شئت فرضت للجد الثلث والباقي لولد الأبوين. وإن زاد عدد الإخوة على اثنين أو من يعدلهما من الأخوات فافرض للجد

الثلث والباقي لولد الأبوين هذا مذهب زيد. وأما علي وابن مسعود فإنهما يقاسمان به ولد الأبوين ويسقطان ولد الأب ولا يعتدان به لأنه محجوب بولد الأبوين فلا يعتد به كولد الأم، وقسما هذه المسألة بين الجد والأخ من الأبوين نصفين وأسقطا الأخ من الأب.

ولنا: إن الجد والد فإذا حجبه أخوان وارثان جاز أن يحجبه أخ وارث وأخ غير وارث كالأم ولأن ولد الأب يحجبونه إذا انفردوا فيحجبونه مع غيرهم كالأم، ويفارق ولد الأم لأن الجد يحجبهم فلا ينبغي أن يحجبوه بخلاف ولد الأب فإن الجد لا يحجبهم فجاز أن يحجبوه إذا حجبهم غيره كما يحجبون الأم وإن كانوا محجوبين بالأب وأما الأخ من الأبوين فهو أقوى تعصيباً من الأخ من الأب فلا يرث معه شيئاً، كما لو انفردا عن الجد فيأخذ ميراثه كما لو اجتمع ابن وابن ابن حجبه وأخذ ميراثه، فإن قيل: فالجد يحجب ولد الأم ولا يأخذ ميراثه والإخوة يحجبون الأم وإن لم يأخذوا ميراثها. قلنا: الجد وولد الأم يختلف سبب استحقاقهما للميراث وكذلك سائر من يحجب ولا يأخذ ميراث المحجوب وهاهنا سبب استحقاق الإخوة للميراث الإخوة والعصوبة فأيهما قوي حجب الآخر وأخذ ميراثه، وقد مثلت هذه المسألة بمسألة في الوصايا وهي: إذا أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بمائة ولآخر بتمام الثلث على المائة وكان ثلث المال مائتين فإن الموصى له بالمائة يزاحم صاحب الثلث بصاحب التمام فيقاسمه الثلث نصفين ثم يختص صاحب المائة بها ولا يحصل لصاحب التمام شيء.

فصل: أخ لأبوين وأختان لأب وجد: للجد الثلث والباقي للأخ. وفي قول علي وابن مسعود: المال بينه وبين الجد نصفين. أخ وأخت من أبوين وأخت من أب وجد فللجد الثلث والباقي بين ولد الأبوين على ثلاثة وتصح من تسعة، وفي قول علي وابن مسعود: المال بين ولد الأبوين والجد على خمسة أخ لأبوين وأخت لأب وجد المال بينهم على خمسة: للجد سهمان والباقي للأخ، وعندهما المال بينهما نصفين.

فصل: أخوان لأبوين وأخ لأب وجد: للجد الثلث والباقي للأخوين للأبوين عند الجميع، وإن كان ولد الأبوين ثلاثة فللجد الثلث أيضاً عند زيد وعند علي وابن مسعود له الربع لأنهما يقاسمان به إلى السدس، أخ وأخت من أبوين وأخ من أب أو أكثر من ذلك فللجد الثلث وعندهما للجد الخمسان وللأخ للأبوين الخمسان وللأخت الخمس.

مسألة: قال: (وإذا كان أخ وأخت لأب وأم أو لأب وجد كان المال بين الجد والأخ والأخت على خمسة أسهم، للجد سهمان وللأخ سهمان وللأخت سهم).

المقاسمة هاهنا خير للجد من الثلث لأنه يحصل له بها خمسا المال، وذلك خير له من الثلث وكذلك كلما نقص الإخوة عن اثنين أو من يعدلهم من الإناث كثلاث أخوات أو أختين

أو أخ واحد أو أخت واحدة فليس فيها إلا المقاسمة به كأخ وهذا قول زيد وعلي وعبد الله إذا كانوا عصبة فأما إن كن أخوات منفردات فإن عليًّا وابن مسعود يفرضان لهن فروضهن ثم يعطيان الجد ما بقي.

مسألة: قال: (وإذا كانت أخت لأب وأم وأخت لأب وجد كانت الفريضة للجد والأختين على أربعة أسهم، للجد سهمان ولكل أخت سهم، ثم رجعت الأخت للأم والأب فأخذت مما في يد أختها لتستكمل النصف).

المقاسمة هاهنا أحظ للجد وتعتد الأخت للأبوين على الجد بأختها من أبيها فيصير له النصف ولهما النصف بينهما على اثنين لكل واحدة سهم ثم تأخذ الأخت من الأبوين ما بقي في يد أختها لتستكمل تمام فرضها وهو جميع ما في يدها فلا يبقى لها شيء، وتصير كما لو كان معهما بنت فأخذت البنت النصف وبقي النصف فإن الأخت من الأبوين تأخذه جميعه فلا يبقى للأخت من الأب شيء.

فصل: فإن كان مع الأخت من الأبوين أختان من أب كان المال بينهن وبين الجد على خمسة أسهم، للجد اثنان ولهن ثلاثة، ثم تأخذ الأخت من الأبوين من أختها تمام النصف وهو سهم ونصف يبقى لهما نصف سهم بينهما لكل واحدة ربع سهم فتضرب مخرج الربع وهو أربعة في خمسة تكن عشرين للجد ثمانية وللأخت للأبوين عشرة ولكل واحدة من أختها سهم. فإن كان معها ثلاث أخوات أو أكثر من ذلك فليس للجد إلا الثلث ولها النصف ويبقى السدس بين الأخوات من الأب وإن كثرن، وإن كان من ولد الأبوين أختان أو أكثر فليس للأخوات من الأب شيء وإن كثرن لأن فرض الأختين الثلثان والجد لا ينقص عن الثلث فلا يبقى من المال شيء ولأن الأخوات من الأبوين يسقطن الأخوات من الأب باستكمال الثلثين ولو لم يكن معهن جد فمع الجد أولى وليس في هذه المسألة اختلاف، فأما مسألة الخرقي فإن عليًّا وعبد الله يفرضان للأخت من الأبوين النصف وللأخت من الأب السدس والباقي للجد، وكذلك إن كان معها أختان أو أخوات من أب.

مسألة: قال: (فإن كان مع التي من قبل الأب أخوها كان المال بين الجد والأخ والأختين على ستة أسهم للجد سهمان وللأخ سهمان ولكل أخت سهم ثم رجعت الأخت من الأب والأم على الأخ والأخت من الأب فأخذت مما في أيديهما لتستكمل النصف فتصح الفريضة من ثمانية عشر سهماً: للجد ستة أسهم وللأخت من الأب والأم تسعة أسهم وللأخ سهمان وللأخت سهم).

المقاسمة هاهنا والثلث سواء. فإن قاسمت به كان المال بينهم على ستة أسهم يأخذ الجد سهمين ثم يكمل للأخت تمام النصف مما في أيديهما ثلاثة أسهم يبقى لها سهم على ثلاثة لا يصح، فتضرب ثلاثة في أصل المسألة تكن ثمانية عشر، كما قال الخرقي، وإن زاد ولد الأب على هذا لم يزادوا على السدس شيئاً لأن الجد لا ينقص عن الثلث والأخت لا تنقص عن النصف فلا يبقى إلا السدس.

مسألة الأكدرية: قال: (وإذا كان زوج وأم وأخت وجد فللزوج النصف وللأم الثلث وللأخت النصف وللجد السدس).

ثم يقسم سدس الجد ونصف الأخت بينهما على ثلاثة أسهم للجد سهمان وللأخت سهم فتصح الفريضة من سبعة وعشرين سهماً للزوج تسعة أسهم وللأم ستة وللجد ثمانية وللأخت أربعة. وتسمى هذه المسألة الأكدرية. ولا يفرض للجد مع الأخوات في غير هذه المسألة.

قيل: إنما سميت هذه المسألة الأكدرية لتكديرها لأصول زيد في الجد. فإنه أعالها ولا عول عنده في مسائل الجد، وفرض للأخت معه ولا يفرض لأخت مع جد، وجمع سهامه وسهامها فقسمها بينهما ولا نظير لذلك. وقيل: سميت الأكدرية لأن عبد الملك بن مروان سأل عنها رجلاً اسمه الأكدر فأفتى فيها على مذهب زيد وأخطأ فيها فنسبت إليه. واختلف أهل العلم فيها فمذهب أبي بكر الصدِّيق وموافقيه إسقاط الأخت ويجعل للأم الثلث وما بقي للجد.

وقال عمر وابن مسعود: للزوج النصف وللأخت النصف للأم السدس وللجد السدس، وعالت إلى ثمانية وجعلوا للأم السدس كيلا يفضلوها على الجد. وقال علي وزيد: للزوج النصف وللأخت النصف وللأم الثلث وللجد السدس وأعالاها إلى تسعة، ولم يحجبا الأم عن الثلث لأن الله تعالى إنما حجبها بالولد والإخوة، وليس هاهنا ولد ولا إخوة. ثم إن عمر وعليًّا وابن مسعود أبقوا النصف للأخت والسدس للجد وأما زيد فإنه ضم نصفها إلى سدس الجد فقسمه بينهما لأنها لا تستحق معه إلا بحكم المقاسمة، وإنما حمل زيد على إعالة المسألة هاهنا لأنه لو لم يفرض للأخت لسقطت وليس في الفريضة من يسقطها، وقد روي عن قبيصة بن ذؤيب أنه قال: ما قال ذلك زيد وإنما قاس أصحابه على أصوله ولم يبين هو شيئاً، فإن قيل: فالأخت مع الجد عصبة والعصبة تسقط باستكمال الفروض، قلنا: إنما يعصبها الجد وليس بعصبة مع هؤلاء بل يفرض له، ولو كان مكان الأخت أخ لسقط لأنه عصبة في نفسه، ولو كان مع الأخت أخرى أو أخ أو أكثر من ذلك لانحجبت الأم إلى السدس وبقي لهما السدس فأخذوه ولم تعل المسألة. وأصل المسألة في الأكدرية ستة وعالت إلى تسعة وسهام الأخت والجد أربعة بينهما على ثلاثة لا تصح فتضرب ثلاثة في تسعة تكن سبعة وعشرين. ثم كل من له شيء في

أصل المسألة مضروب في الثلاثة التي ضربتها في المسألة للزوج ثلاثة في ثلاثة تسعة وللأم اثنان في ثلاثة ستة ويبقى اثنا عشر بين الجد والأخت على ثلاثة له ثمانية ولها أربعة ويعايل بها. فيقال: أربعة ورثوا مال ميت فأخذ أحدهم ثلثه والثاني ثلث ما بقي والثالث ثلث ما بقي والرابع ما بقي. ويقال: امرأة جاءت قوماً فقالت: إني حامل فإن ولدت ذكراً فلا شيء له وإن ولدت أنثى فلها تسع المال وثلث تسعه. وإن ولدت ولدين فلهما السدس، ويقال أيضاً: إن ولدت ذكراً فلي ثلث المال وإن ولدت أنثى فلي تسعاه وإن ولدت ولدين فلي سدسه.

فصل: زوجة وأم وأخت وجد: للزوجة الربع وللأم الثلث والباقي بين الجد والأخت على ثلاثة أصلها من اثني عشر وتصح من ستة وثلاثين فإن كان مكان الأخت أخ فالباقي بينهما نصفين وتصح من أربعة وعشرين وإن كانتا أختين قاسمها وصحت من ثمانية وأربعين فإن كان أخ وأخت أو ثلاث أخوات حجبوا الأم إلى السدس وقسموا الباقي بينهم على خمسة وصحت من ستين فإن زادوا على ذلك استوى ثلث الباقي والمقاسمة فافرض له ثلث الباقي واضرب المسألة في ثلاثة تصير ستة وثلاثين ويبقى له ولهم أحد وعشرون يأخذ ثلثها سبعة والباقي لهم فإن لم تصح عليهم ضربتهم أو وفقهم في ستة وثلاثين فما بلغ فمنه تصح فإن كانوا من الجهتين لم يبق لولد الأب شيء واستأثر به ولد الأبوين دونهم.

فصل: زوجة وأخت وجد وجدة فهي كالتي قبلها في فروعها إلا في أن للجدة السدس مع الأخت الواحدة والأخ الواحد. ومتى كانوا أكثر من واحد كان حكم الجدة والأم واحداً، وإن لم يكن معهم جدة فهي من أربعة للزوجة الربع ويبقى ثلاثة للجد سهمان وللأخت سهم فإن كان معها أخت أخرى فالباقي بينهم على أربعة وتصح من ستة عشر، وإن كان مكانهما أخ صحت من ثمانية فإن كان أخ وأخت وثلاث أخوات فالباقي بينهم على خمسة وتصح من عشرين وإن زادوا على هذا فأعطه ثلث الباقي بينهما واقسم الباقي على الباقين فإن كانوا من الجهتين فلا شيء لولد الأب لأن الباقي بعد نصيب الجد لا يزيد على النصف وهو أقل فرض لولد الأبوين.

مسألة: قال: (وإذا كانت أم وأخت وجد فللأم الثلث وما بقي فبين الجد والأخت على ثلاثة أسهم، للجد سهمان وللأخت سهم).

وهذه المسألة تسمى الخرقاء، إنما سميت خرقاء لكثرة اختلاف الصحابة فيها فكأن الأقوال خرقتها. قيل: فيها سبعة أقوال: قول الصديق وموافقيه: للأم ثلث والباقي للجد. وقول زيد وموافقيه: للأم الثلث أصلها من ثلاثة ويبقى سهمان بين الأخت والجد على ثلاثة وتصح من تسعة، وقول علي: للأخت النصف وللأم الثلث وللجد السدس، وعن عمر وعبد الله: للأخت النصف وللأم ثلث ما بقي وما بقي فللجد، وعن ابن مسعود: للأم السدس والباقي للجد وهي مثل القول الأول في المعنى. وعن ابن مسعود أيضاً: للأخت

النصف والباقي بين الجد والأم نصفين فتكون من أربعة، وهي إحدى مربعات ابن مسعود. وقال عثمان: المال بينهم أثلاث لكل واحد منهم ثلث وهي مثلثة عثمان وتسمى المسبعة، فيها سبعة أقوال والمسدسة لأن معنى الأقوال يرجع إلى ستة. وسأل الحجاج عنها الشعبي فقال: اختلف فيها خمسة من أصحاب رسول الله ﷺ وذكر له عثمان وعليًا وابن مسعود وزيداً وابن عباس.

فصل: أم أو جدة وأختان وجد المقاسمة خير للجد ويبقى خمسة على أربعة فتصح من أربعة وعشرين، أم وأخ وأخت أو ثلاث أخوات وجد تصح من ستة، أم وأخوان أو أخ وأختان أو أربع أخوات وجد ثلث الباقي والمقاسمة سواء فإن زادوا على ذلك فرض للجد ثلث الباقي، وانتقلت المسألة إلى ثمانية عشر للأم ثلاثة وللجد خمسة يبقى عشرة للإخوة والأخوات فتصح المسألة عليهم فإن كان الإخوة والأخوات من الجهتين فالباقي كله لولد الأبوين إلا أن يكون ولد الأبوين أختاً واحدة فلها قدر فرضها والباقي لهم، أم وأخت لأبوين وأخ وأخت لأب وجد للأم السدس وللجد ثلث الباقي ينتقل إلى ثمانية عشر، فللأم ثلاثة وللجد خمسة وللأخت للأبوين النصف تسعة يبقى سهم على ثلاثة فتصح من أربعة وخمسين وتسمى مختصرة زيد لأنه لو قاسم بالجد لانتقلت إلى ستة وثلاثين ثم يبقى سهمان على ثلاثة، فتصح من مائة وثمانية ثم ترجع بالاختصار إلى أربعة وخمسين فلذلك سميت المختصرة، أم وأخت لأبوين وأخوان وأخت لأب وجد أصلها من ستة ثم تنتقل إلى ثمانية عشر ويفضل لولد الأب سهم على خمسة تضربها في ثمانية عشر تكن تسعين وتسمى تسعينية زيد، وفي هذا الفصل كله: الجدة كالأم لأن لكل واحدة منها السدس.

مسألة: قال: (وإذا كانت بنت وأخت وجد فللبنت النصف وما بقي فبين الجد والأخت على ثلاثة أسهم، للجد سهمان وللأخت سهم).

إنما كان كذلك لأن المقاسمة هاهنا أحظ للجد. وقال علي رضي الله عنه: للبنت النصف وللجد السدس والباقي للأخت، وعند ابن مسعود الباقي بعد فرض البنت بين الجد والأخت نصفين. لأن كل واحد منهما لو انفرد أخذ المال بالتعصيب فإذا اجتمعا اقتسما كما لو كان مكانها أخ، فأما عليّ فبنى على أصله في أن الأخوات لا يقاسمن الجد. وإنما يفرض لهن فلم يفرض لها هاهنا لأن الأخت مع البنت عصبة وأعطى الجد السدس كما لو انفرد معها وجعل لها الباقي.

ولنا: إن الجد يقاسم الأخت فيأخذ مثلها إذا كان معها أخ فكذلك إذا انفردت. وهذه إحدى مربعات ابن مسعود.

فصل: بنت وأخ وجد: الباقي بعد فرض البنت بينهما نصفين، وإن كان معه أخته فالباقي بينهم على خمسة، وإن كان أخوان أو أخ وأختان أو أربع أخوات استوى ثلث الباقي

والسدس والمقاسمة فإن زادوا فلا حظ له في المقاسمة ويأخذ السدس والباقي لهم فإن كانوا من الجهتين فليس لولد الأب شيء ويأخذ ولد الأبوين جميع الباقي. بنت وأختان وجد الباقي بين الجد والأختين على أربعة وتصح من ثمانية. فإن كن ثلاث أخوات فالباقي بينهم على خمسة، فإن كن أكثر من أربع فله السدس أو ثلث الباقي والباقي لهن.

فصل: بنتان أو أكثر أو بنت ابن وأخت وجد: للبنتين الثلثان والباقي بين الجد والأخت على ثلاثة وتصح من تسعة. وإن كان مكانها أخ فالباقي بينهما على اثنين وتصح من ستة وإن كان مكانه أختان صحت من اثني عشر ويستوي في هاتين المسألتين السدس والمقاسمة فإن زادوا عن أخ أو عن أختين فرضت للجد السدس وكان الباقي لهم، فإن كان معهم أم أو جدة فللجد السدس ولا شيء للإخوة والأخوات.

فصل: زوج وأخت وجد للزوج النصف والباقي بينهما على ثلاثة. وعند عليّ وابن مسعود للأخت النصف وللجد السدس وعالت إلى سبعة وإن كان مع الأخت أخرى فالباقي بينهم على أربعة وعندهما لهما الثلثان وتعول إلى ثمانية وإن كان مكانها أخ فالباقي بينهما نصفين وإن كان أخ وأخت أو ثلاث أخوات قاسمهم الجد وإن كان أخوان أو من يعدلهما استوى السدس وثلث الباقي والمقاسمة فإن زادوا فرضت له السدس والباقي لهم وإن كان زوج وبنت أخت وجد فللزوج الربع وللبنت النصف والباقي بينهما على ثلاثة، ويستوي السدس هاهنا والمقاسمة فإن زادوا على أخت واحدة فرضت للجد السدس والباقي لهم وإن كان مع الزوج ابنتان أو بنت وبنت ابن أو بنت وأم أو جدة سقطت الإخوة والأخوات وفرضت للجد السدس وعالت المسألة إلى ثلاثة عشر.

فصل: زوجة وبنت وأخت وجد الباقي بين الجد والأخت على ثلاثة وتصح من ثمانية. فإن كان مكان الأخت أخ أو أختان فالباقي بينهم، وتصح مع الأخ من ستة عشر ومع الأختين من اثنين وثلاثين وإن زادوا فرضت للجد السدس وانتقلت المسألة إلى أربعة وعشرين ثم تصحح على المنكسر عليهم وإن كان مع الزوجة ابنتان أو أكثر أو بنت وبنت ابن وبنت وأم أو جدة فرضت للجد السدس ويبقى للإخوة والأخوات سهم من أربعة وعشرين.

باب ذوي الأرحام

وهم الأقارب الذين لا فرض لهم ولا تعصيب وهم أحد عشر حيزاً: ولد البنات وولد الأخوات وبنات الإخوة وولد الإخوة من الأم والعمات من جميع الجهات والعم من الأم والأخوال والخالات وبنات الأعمام والجد أبو الأم وكل جدة أدلت بأب بين أمّين أو بأب أعلى من الجد. فهؤلاء ومن أدلى بهم يسمون ذوي الأرحام. وكان أبو عبد الله يورثهم إذا لم يكن ذو فرض ولا عصبة ولا أحد من الوراث إلا الزوج والزوجة، روي هذا القول عن عمر وعلي وعبد الله وأبي عبيدة بن الجراح ومعاذ بن جبل وأبي الدرداء رضي الله عنهم. وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز وعطاء وطاوس وعلقمة ومسروق وأهل الكوفة، وكان زيد لا يورثهم ويجعل الباقي لبيت المال، وبه قال مالك والأوزاعي والشافعي وأبو ثور وداود وابن جرير رضي الله عنهم لأن عطاء بن يسار روى أن رسول الله ﷺ ركب إلى قباء يستخير الله تعالى في العمة والخالة فأنزل عليه أن لا ميراث لهما. رواه سعيد في سننه لأن العمة وابنة الأخ لا ترثان مع أخويهما فلا ترثان منفردتين كالأجنبيات، ولذلك لأن انضمام الأخ إليهما يؤكدهما ويقويهما بدليل أن بنات الابن والأخوات من الأب يعصبهن أخوهن فيما بقي بعد ميراث البنات والأخوات من الأبوين ولا يرثن منفردات فإذا لم يرث هاتان مع أخيهما فمع عدمه أولى ولأن المواريث إنما تثبت نصاً ولا نص في هؤلاء.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾ [الأنفال: ٧٥] أي أحق بالتوارث في حكم الله تعالى. قال أهل العلم: كان التوارث في ابتداء الإسلام بالحلف وكان الرجل يقول للرجل: دمي دمك ومالي مالك تنصرني وأنصرك وترثني وأرثك، فيتعاقدان الحلف بينهما على ذلك فيتوارثان به دون القرابة، وذلك قول الله عز وجل: ﴿وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ﴾ [النساء: ٣٣] ثم نسخ ذلك وصار التوارث

بالإسلام والهجرة. فإذا كان له ولد ولم يهاجر ورثه المهاجرون دونه، وذلك قوله عز وجل: ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَا لَكُمْ مِنْ وَلَايَتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ حَتَّى يُهَاجِرُوا﴾ [الأنفال: ٧٢] ثم نسخ ذلك بقول الله تعالى: ﴿وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾ [الأنفال: ٧٥]. وروى الإمام أحمد بإسناده عن سهل بن حنيف: أن رجلاً رمى رجلاً بسهم فقتله ولم يترك إلا خالاً، فكتب فيه أبو عبيدة إلى عمر، فكتب إليه عمر: إني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «الخال وارث من لا وارث له» قال الترمذي: هذا حديث حسن، وروى المقداد عن النبيّ ﷺ أنه قال: «الخال وارث من لا وارث له، يعقل عنه ويرثه» أخرجه أبو داود. وفي لفظ: «مولى من لا مولى له يعقل عنه ويفك عانيه» فإن قيل: المراد به أن من ليس له إلا خال فلا وارث له، كما يقال: الجوع زاد من لا زاد له، والماء طيب من لا طيب له، والصبر حيلة من لا حيلة له أو أنه أراد بالخال السلطان قلنا: هذا فاسد لوجوه ثلاثة. أحدها: أنه قال: يرث ماله، وفي لفظ قال: يرثه. والثاني: أن الصحابة فهموا ذلك فكتب عمر بهذا جواباً لأبي عبيدة حين سأله عن ميراث الخال. وهم أحق بالفهم والصواب من غيرهم.

الثالث: أنه سماه وارثاً والأصل الحقيقة وقولهم: إن هذا يستعمل للنفي قلنا: والإثبات كقولهم: يا عماد من لا عماد له، يا سند من لا سند له، يا ذخر من لا ذخر له.

وقال سعيد حدثنا أبو شهاب عن محمد بن إسحاق عن محمد بن يحيى بن حبان عن عمه واسع بن حبان قال: توفي ثابت بن الدحداحة ولم يدع وارثاً ولا عصبة فرفع شأنه إلى رسول الله ﷺ فدفع رسول الله ﷺ ماله إلى ابن أخته أبي لبابة بن عبد المنذر. رواه أبو عبيد في الأموال إلا أنه قال: ولم يخلف إلا ابنة أخ له فقضى النبيّ ﷺ بميراثه لابنة أخيه، ولأنه ذو قرابة فيرث كذوي الفروض وذلك لأنه ساوى الناس في الإسلام وزاد عليهم بالقرابة فكان أولى بماله منهم. ولهذا كان أحق في الحياة بصدقته وصلته وبعد الموت بوصيته فأشبه ذوي الفروض والعصابات المحجوبين إذا لم يكن من يحجبهم. وحديثهم مرسل، ثم يحتمل أنه لا ميراث لهما مع ذوي الفروض والعصبات ولذلك سمي الخال «وارث من لا وارث له» أي لا يرث إلا عند عدم الوارث، وقولهم: لا يرثان مع أخواتهما قلنا: لأنهما أقوى منهما وقولهم: إن الميراث إنما ثبت نصاً. قلنا: قد ذكرنا نصوصاً ثم التعليل واجب مهما أمكن وقد أمكن هاهنا فلا يصار إلى التعبد المحض.

مسألة: قال: (ويورث ذوو الأرحام، فيجعل من لم يسم له فريضة على منزلة من سميت له ممن هو نحوه فيجعل الخال بمنزلة الأم والعمة بمنزلة الأب. وعن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى: أنه جعلها بمنزلة العم وبنت الأخ بمنزلة الأخ وكل ذي رحم لم يسم له فريضة فهو على هذا النحو).

مذهب أبي عبد الله في توريث ذوي الأرحام مـذهب أهل التنـزيل، وهـو أن ينزل كـل واحد منهم منزلة من يمت به من الورثة فيجعـل له نصيبـه فإن بعـدوا نزلـوا درجة درجـة إلى أن يصلوا من يمتون به فيأخذون ميراثه فإن كان واحداً أخذ المال كله وإن كانوا جماعـة قسمت المال بين من يمتون به فما حصـل لكل وارث جعـل لمن يمت به، فـإن بقي من سهام المسـألة شيء رد عليهم على قدر سهـامهم وهذا قـول علقمة ومسروق والشعبي والنخعي وحمـاد ونعيم وشريك وابن أبي ليلى والثوري. وسائر من ورثهم غير أهل القرابة.

وقد روي عن علي وعبد الله رضي الله عنهما أنهما نزلا بنت البنت منزلة البنت وبنت الأخ منزلة الأخ وبنت الأخت منزلة الأخت والعمة منزلة الأب والخالة منزلـة الأم. وروي ذلك عن عمر رضي الله عنه في العمة والخالة. وعن علي أيضاً: أنه نـزل العمة بمنـزلة العم وروي ذلـك عن علقمة ومسروق وهي الرواية الثانية عن أحمد رضي الله عنـه. وعن الثوري وأبي عبيـد أنهما نزلاها منـزلة الجـد مع ولـد الإخوة والأخـوات، ونزلهـا آخرون منـزلة الجـدة، وإنما صـار هذا الخلاف في العمة لأنها أدلت بأربعة جهات وارثات فالأب والعم أخواها والجد والجـدة أبواهـا، ونزل قوم الخالة منزلة جدة لأن الجدة أمها والصحيح من ذلك تنزيل العمة أباً والخالة أماً لوجوه ثلاثة. أحدها: ما روى الزهري أن رسول الله ﷺ قـال: «العمة بمنـزلة الأب إذا لم يكن بينهـما أب والخـالة بمنـزلة الأم إذا لم يكن بينهـما أم» رواه الإمام أحمـد. الثـاني: أنـه قـول عمـر وعـلي وعبد الله في الصحيح عنهم ولا مخالف لهم في الصحابة. الثالث: أن الأب أقوى جهات العمة والأم أقوى جهات الخالة، فتعين تنزيلهـما بهما دون غـيرهما كبنت الأخ وبنت العم فـإنهما ينزلان منزلة أبويهما دون أخويهما، ولأنه إذا اجتمع لهما قرابات ولم يمكن توريثهما بجميعهما ورثتا بأقواهما كالمجوس عند من لم يورثهم بجميع قراباتهم وكالأخ من الأبـوين فإنـا نورثـه بالتعصيب. وهي جهة أبيه دون قرابة أمه. فأما أبو حنيفة وأصحابه فإنهم ورثـوهم على تـرتيب العصبات فجعلوا أولادهم من كـان من ولد الميت وإن سفلوا ثم ولـد أبويـه أو أحدهمـا وإن سفلوا ثم ولد أبـوي أبـويه وإن سفلوا كـذلك أبـداً، لا يرث بنـو أب أعلى وهنـاك بنـو أب أقـرب منـه وإن نـزلت درجتهم. وعن أبي حنيفـة أنه جعـل أبا الأم وإن عـلى أولى من ولـد البنـات ويسمى مـذهبهم مذهب أهل القرابة.

ولنا: إنهم فرع في الميراث على غيرهم فوجب إلحاقهم بمن هم فرع له. وقد ثبت أن ولد الميت من الإناث لا يسقط ولد أبيه فأولى أن لا يسقطهم ولده.

مسائل: من ذلك: بنت بنت وبنت بنت ابن المال بينهما على أربعة، فإن كـان معهما بنت أخ فالباقي لهـا وتصح من ستـة، فإن كـان معهما خالة فلبنت البنت النصف ولبنت بنت الابن السدس تكملة الثلثين وللخالة السدس والباقي لبنت الأخ. فإن كان مكان الخالة عمة حجبت

بنت الأخ وأخذت الباقي لأن العمة كالأب فتسقط من هو بمنزلة الأخ ومن نزلها عما جعل الباقي لبنت الأخ وأسقط العمة ومن نزلها جداً قاسم بنت الأخ الثلث الباقي بينهما نصفين، ومن نزلها جدة جعل لها السدس ولبنت الأخ الباقي. وفي قول أهل القرابة: إنه لا ترث بنت الأخ مع بنت البنت ولا مع بنت بنت الابن شيئاً.

فصل: إذا انفرد أحد من ذوي الأرحام أخذ المال كله في قول جميع من ورثهم. وإن كانوا جماعة لم يخل إما أن يدلوا بشخص واحد أو بجماعة، فإن أدلوا بشخص واحد وكانوا في درجة واحدة فالمال بينهم على حسب مواريثهم منه فإن أسقط بعضهم بعضاً كأب الأم والأخوال فأسقط الأخوال لأن الأب يسقط الإخوة والأخوات فإن كان بعضهم أقرب من بعض فالميراث لأقربهم كخالة وأم أبي أم أو ابن خال فالميراث للخالة لأنها تلقى الأم بأول درجة، وهذا قول عامة المنزلين إلا أنه حكي عن النخعي وشريك ويحيى بن آدم في قرابة الأم خاصة أنهم أماتوا الأم وجعلوا نصيبها لورثتها. ويسمى قولهم قول من أمات السبب. واستعمله بعض الفرضيين في جميع ذوي الأرحام. فعلى قولهم: يكون للخالة نصف ميراث الأم لأنها أخت ولأم أبي الأم السدس لأنها جدة والباقي لابن الخال لأنه ابن أخ.

ولنا: إن الميراث من الميت لا من سببه ولذلك ورثنا أم أم لأم دون ابن عم الأم بغير خلاف أيضاً في أبي أم أم وابن عم أبي أم: أن المال للجد لأنه أقرب ولو كانت الأم الميتة كان وارثها ابن عم أبيها دون أبي أمها، خالة وأم أبي أم وعم أم: المال للخالة، وعندهم للخالة النصف وللجدة السدس والباقي للعم، فإن لم يكن فيها عم أم فالمال بين الخالة وأم أبي الأم على أربعة. فإن لم يكن فيها جدة فالمال بين الخالة وعمها نصفين، ابن خالة وابن عم أم المال لابن الخالة وعندهم لابن عم الأم. فأما إن أدلى جماعة بجماعة جعلت المال للمدلى بهم كأنهم أحياء فقسمت المال بينهم على ما توجبه الفريضة فما صار لكل واحد منهم فهو لمن أدلى به إذا لم يسبق بعضهم بعضاً فإن سبق بعضهم بعضاً وكانوا من جهة واحدة فالسابق إلى الوارث أولى. وإن كانوا من وجهتين نزل البعيد حتى يلحق بمن أدلى به فيأخذ نصيبه سواء سقط به القريب أو لم يسقط. هذا ظاهر كلام أحمد رضي الله عنه ونقل عنه جماعة من أصحابه في خالة وبنت خالة وبنت ابن عم للخالة الثلث ولابنة ابن العم الثلثان ولا تعطى بنت الخالة شيئاً ونقل حنبل عنه أنه قال: قال سفيان قولاً حسناً: إذا كانت خالة وبنت ابن العم تعطى الخالة الثلث وتعطى بنت ابن العم الثلثين وظاهر هذا يدل على ما قلناه وهو قول الثوري ومحمد بن سالم والحسن بن صالح، وقال ضرار بن صرد: إن كان البعيد إذا نزل أسقط القريب فالقريب أولى وإن لم يكن يسقطه نزل البعيد حتى يلحق بالوارث، وقال سائر المنزلين: الأسبق إلى الوارث أولى بكل حال ولم يختلفوا فيما علمت في تقديم الأسبق إذا كانا من جهة واحدة إلا نعيماً ومحمد بن سالم فإنهما قالا في عمة وبنت عمة: المال بينهما نصفين. ولم أعلم أحداً من أصحابنا ولا من غيرهم عد

الجهات وبينها إلا أبا الخطاب فإنه عدها خمس جهات: الأبوة والأمومة والبنوة والأخوة والعمومة، وهذا يفضي إلى أن ابنة العم من الأم أو بنت العمة من الأم مسقطة لبنت العم من الأبوين ولا أعلم أحداً قال به.

وقد ذكر الخرقي هذا في ثلاث بنات عمومة مفترقين: أن المال لبنت العم من الأبوين وبيان إفضائه إلى ذلك أن بنت العم من الأم أبوها يدلي بالأب وبنت العم من الأبوين تدلي بأبيها والأب يسقط العم، وكذلك بنت العمة من جهة الأب وبنت العم من جهة العم. فالصواب إذاً أن تكون الجهات أربعاً: الأبوة والبنوة والأخوة والأمومة.

مسائل في هذا الباب: بنت بنت بنت وبنت بنت بنت بنت وبنت أخ المال بين الأولى والثالثة وسقطت الثانية إلا عند محمد بن سالم ونعيم فإنها تشاركها ومن ورث الأقرب جعله لبنت الأخ لأنها أسبق وقول أهل القرابة: هو للأولى وحدها لأنها من ولد الميت وهي أقرب من الثانية، ابن خال وبنت عم ثلث وثلثان ومن ورث الأسبق جعله لبنت العم، وإن كان معها بنت عمة فلا شيء لها لأن بنت العم أسبق إلى الوارث منهما وهما من جهة واحدة، وإن كان معهم عمة سقطت بنت العم لأن العمة بمنزلة الأب وبنت العم بمنزلة العم بنت بنت بنت وبنت بنت ابن: المال لبنت بنت الابن عند الجميع إلا عند ابن سالم ونعيم، بنت بنت بنت وابن أخ من أم: المال للأولى، ومن ورث الأقرب جعله لابن الأخ، وهو قول ضرار لأن البعيد إذا نزل أسقط القريب. بنت بنت وبنت بنت ابن: المال بينهما على أربعة عند جميع المنزلين وعند أهل القرابة هو لبنت البنت لأنها أقرب: ابن بنت بنت وبنت أخ هو بينهما، ومن ورث الأقرب جعله لبنت الأخ وعند أهل القرابة هو لابن بنت البنت ابن بنت وابن ابن ابن أخت لأبوين المال بينهما وعند من ورث الأقرب وأهل القرابة هو للأول بنت أخ وبنت عم أو بنت عمة: المال لبنت الأخ. وقياس قول أحمد رضي الله عنه في توريث البعيد من القريب إن كان من جهتين: أن يكون لبنت العم والعمة لأنها من جهة الأب وذلك قول ضرار أيضاً ابن أخت وابن عم لأم: المال بينهما، ومن ورث الأقرب جعله لابن الأخت وهو قول أهل القرابة أيضاً لأنها من ولد أبوي الميت، وابن العم للأم من ولد أبوي أبويه بنت عم وبنت عم أب هو للأولى عند الجميع إلا عند ابن سالم ونعيم بنت بنت بنت وأم أب أم المال بينهما على أربعة بنت بنت وأبو أم أب مثلها عندنا وعند من ورث الأقرب جعله للثاني. بنت بنت بنت ابن وعمة أو خالة للأولى النصف في الأولى ومع الخالة لها ثلاثة أرباع المال. وعند من ورث الأقرب الكل للعمة وللخالة، ويحتمل أن تكون الجهات ثلاثاً: الأبوة والبنوة والأمومة، لأن جعل الأمومة جهة خامسة يفضي إلى إسقاط بنت العم ببنت العمة كما ذكرنا، وإن جعلنا الأخوة جهة رابعة مع نفي جهة العمومة أفضى إلى إسقاط ولد الإخوة والأخوات ببنات الأعمام والعمات، وإذا جعلنا جميعهم جهة واحدة وورثنا أسبقهم إلى الوارث كان أولى. والله أعلم.

مسألة: قال: (وإذا كان وارث غير الزوج والزوجة أو مولى نعمة فهو أحق بالمال من ذوي الأرحام).

في هذه المسألة فصول ثلاثة. **أحدها**: أن الرد يقدم على ميراث ذوي الأرحام، فمتى خلف الميت عصبة أو ذا فرض من أقاربه أخذ المال كله ولا شيء لذوي الأرحام. وهذا قول عامة من ورث ذوي الأرحام. وقال الخبري: لم يختلفوا أن الرد أولى منهم إلا ما روي عن سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز أنهما ورثا الخال مع البنت فيحتمل أنهما ورثاه لكونه عصبة أو مولى لئلا يخالف الإجماع، وقول النبيّ ﷺ: «الخال وارث من لا وارث له» ومن مسائل هذا الفصل: أبو أم وجدة المال للجدة بنت ابن وبنت بنت ابن ابن ابن وابن أخت عم وعمة ثلاثة بني إخوة مفترقين لا شيء لذي الرحم في جميع ذلك.

الفصل الثاني: أن المولى المعتق وعصباته أحق من ذوي الأرحام. وهو قول عامة من ورثهم من الصحابة وغيرهم، وقول من لا يرى توريثهم أيضاً. وروي عن ابن مسعود تقديمهم على المولى، وبه قال ابنه أبو عبيدة وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة وعلقمة والأسود وعبيدة ومسروق وجابر بن زيد والشعبي والنخعي والقاسم بن عبد الرحمٰن وعمر بن عبد العزيز وميمون بن مهران والأول أصح لقوله عليه السلام: «الخال وارث من لا وارث له» والمولى وارث ولأن المولى يعقل وينصر فأشبه العصبة من النسب.

الفصل الثالث: في توريثهم مع الزوج والزوجة لا أعلم خلافاً بين من ورثهم أنهم يرثون مع أحد الزوجين ما فضل عن ميراثه من غير حجب له ولا معاولة، واختلف في كيفية توريثهم معه فروي عن إمامنا أنهم يرثون ما فضل كما يرثون المال إذا انفردوا وهذا قول أبي عبيد ومحمد بن الحسن واللؤلؤي وعامة من ورثهم، وقال يحيى بن آدم وضرار: يقسم المال الباقي بينهم على قدر سهام من يدلون به مع أحد الزوجين على الحجب والعول ثم نفرض للزوج فرضه كاملاً من غير حجب ولا عول ثم يقسم الباقي بينهم على قدر سهامهم فإنما يقع الخلاف في مسألة فيها من يدلي بذي فرض ومن يدلي بعصبة فأما إن أدلى جميعهم بذي فرض أو عصبة فلا خلاف فيه، ومن مسائل ذلك زوج وبنت بنت وبنت أخت أو ابن أخت أو أولاد أخت أو بنت أخ أو بنات أخ فللزوج النصف والباقي بين بنت البنت ومن معها نصفين، وقال يحيى وضرار: المسألة من أربعة للزوج الربع وللبنت النصف سهمان يبقى سهم لمن معها ثم يفرض للزوج النصف والنصف الآخر بينهم على ثلاثة لبنت البنت سهمان ولمن معها سهم فإن كان مكان الزوج زوجة فرضت المسألة من ثمانية للمرأة سهم وللبنت أربعة ويبقى ثلاثة لمن بقي ثم يفرض للمرأة الربع ويقسم الباقي بينهم على سبعة تضربها في أربعة تكن ثمانية وعشرين ومنها تصح، للمرأة الربع سبعة ولبنت البنت أربعة أسباع الباقي اثنا عشر ويبقى تسعة لمن

معها زوج وبنت بنت وخالة وبنت عم للزوج النصف والباقي بين ذوي الأرحام على ستة لبنت البنت ثلاثة وللخالة سهم ويبقى لبنت العم سهمان وتصح من اثني عشر سهماً، وفي قول يحيى وضرار تفرض المسألة من اثني عشر للزوج ثلاثة وللبنت ستة وللأم سهمان ويبقى للعم سهم ثم يعطى الزوج النصف وتجمع سهام الباقين وهي تسعة فيقسم النصف الباقي على تسعة فلا تصح فتضربها في اثنين تكن ثمانية عشر، وإن كان مكان الزوج امرأة فعلى قول الجمهور للمرأة الربع والباقي بين ذوي الأرحام على ستة. وهي توافق باقي مسألة الزوجة بالأثلاث فردها إلى اثنين وتضربها في أربعة تكن ثمانية عشر، للمرأة سهمان ولبنت البنت نصف الباقي ثلاثة وللخالة سهم ولبنت العم سهمان، وعلى قول يحيى تفرضها من أربعة وعشرين لذوي الأرحام منها أحد وعشرون ثم تفرض للمرأة الربع من أربعة لها سهم ولهم ثلاثة توافق سهامهم بالثلث فتضرب ثلثها في أربعة تكن ثمانية وعشرين ومنها تصح، امرأة وثلاث بنات ثلاثة إخوة متفرقين امرأة وبنت بنت وثلاث إخوة مفترقين امرأة وبنت بنت وثلاث خالات متفرقات وثلاث عمات متفرقات.

فصل: ولا يعول من مسائل ذوي الأرحام إلا مسألة واحدة وشبهها وهي خالة أو غيرها ممن يقوم مقام الأم أو الجدة وست بنات ست أخوات مفترقات أو من يقوم مقامهن ممن يأخذ المال بالفروض فإن للخالة السدس ولولد الأم الثلث ولبنات الأختين من الأبوين الثلثان أصلها من ستة وعالت إلى سبعة.

مسألة: قال: (ويورث الذكور والإناث من ذوي الأرحام بالسوية إذا كان أبوهم واحداً وأمهم واحدة إلا الخال والخالة فللخال الثلثين وللخالة الثلث).

اختلفت الرواية عن أحمد في توريث الذكور والإناث من ذوي الأرحام إذا كانوا من أب واحد وأم واحدة فنقل الأثرم وحنبل وإبراهيم بن الحارث في الخال والخالة يعطون بالسوية فظاهر هذا التسوية في جميع ذوي الأرحام، وهو اختيار أبي بكر، ومذهب أبي عبيد وإسحاق ونعيم بن حماد لأنهم يرثون بالرحم المجرد فاستوى ذكرهم وأنثاهم كولد الأم، ونقل يعقوب بن بختان إذا ترك ولد خاله وخالته اجعله بمنزلة الأخ والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين وكذلك ولد العم والعمة، ونقل عنه المروذي فيمن ترك خاله وخالته: للخال الثلثان وللخالة الثلث فظاهر هذا التفضيل وهو قول أهل العراق وعامة المنزلين لأن ميراثهم معتبر بغيرهم فلا يجوز حملهم على ذوي الفروض لأنهم يأخذون المال كله، ولا على العصبة البعيد لأن ذكرهم ينفرد بالميراث دون الإناث فوجب اعتبارهم بالقرب من العصبات والإخوة والأخوات. ويجاب عن هذا بأنهم معتبرون بولد الأم وإنما يأخذون كل المال بالفرض والرد، واتفق الجميع على التسوية بين ولد الأم لأن آباءهم يستوي ذكرهم وأنثاهم إلا في قياس قول من أمات السبب فإن للذكر مثل حظ

الأنثيين. والذي نقل الخرقي: التسوية بين الجميع إلا في الخال والخالة. ولم أعلم له موافقاً على هذا القول ولا علمت وجهه. وأما قوله: إذا كان أبوهم واحداً وأمهم واحدة. فلأن الخلاف إنما هو في ذكر وأنثى أبوهما وأمهما واحد. فأما إذا اختلف آباؤهم وأمهاتهم كالأخوال والخالات المتفرقين والعمات المفترقات أو إذا أدلى كل واحد منهم بغير من أدلى به الآخر كابن بنت وبنت بنت أخرى فلذلك موضع آخر يذكر فيه غير هذا إن شاء الله تعالى.

ومن مسائل ذلك: ابن أخت معه أخته أو ابن بنت معه أخته: المال بينهما نصفان عند من سوى وعند أهل القرابة وسائر المنزلين المال بينهما على ثلاثة ابنان وابنتان أخت لأبوين وثلاثة بنين وثلاث بنات أخت لأب وأربعة بني ولد أربع بنات أخت لأم: أصل المسألة من خمسة للأخت من الأبوين ثلاثة بين ولدها على أربعة وللأخت من الأب سهم بين ولدها على ستة وللأخت من الأم سهم بين ولدها على ثمانية والأربعة داخلة فيها والستة توافقها بالنصف فتضرب نصفها في ثمانية تكن أربعة وعشرين، ثم في خمسة تكن ثمانية وعشرين ومن فضل أبقى ولد الأم بحالهم وجعل ولد الأخت من الأبوين ستة توافقهم سهامهم بالثلث فيرجعون إلى اثنين فيدخلان في الثمانية وولد الأخت من الأب تسعة تضربها في ثمانية تكن اثنين وسبعين ثم في خمسة تكن ثلاثمائة وستين، وإن كانوا أولاد عمات أو خالات مفترقات فكذلك، وإن كانوا أولاد بنات أو أولاد أخوات من أبوين أو من أب فهي من اثنين وسبعين عند من سوى ومن مائة وثمانية عند من فضل. وقول أهل العراق هي من سبعة وعشرين كأولاد البنين.

فصل: وإن كان معك أولاد بنات أو أخوات قسمت المال بين أمهاتهم على عددهن فما أصاب كل واحدة منهن فهو لولدها بالسوية عند من سوى، وعند من فضل جعله بينهم على حسب ميراثهم. واختلف أصحاب أبي حنيفة فذهب أبو يوسف إلى قسم المال بينهم على عددهن دون مراعاة أمهاتهم إذا استووا وممن يدلون به من الآباء والأمهات إلى بنات الميت للذكر مثل حظ الأنثيين كأولاد البنين وجعل محمد بن الحسن من أدلى بابن ابناً وإن كان أنثى، ومن أدلى بالأنثى أنثى وإن كان ذكراً وجعل المدلى بهم بعدد المدلين ثم قسم بينهم على عددهم فما أصاب ولد الابن قسمه بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين وما أصاب ولد الأنثى قسمه بينهم كذلك.

مسائل: من ذلك: بنت ابن بنت وابن بنت بنت: قول من سوى المال بينهما نصفين وقول من فضل إن كانا من ولد بنين فكذلك وإن كانا من ولد بنت واحدة فالمال بين ابنها وبنتها لابنها ثلثاه ولبنتها ثلثه، فما أصاب ابنها فهو لبنته وما أصاب بنتها فهو لابنها فيصير للبنت سهمان وللابن سهم، وقول محمد كذلك وقول أبي يوسف: للابن سهمان وللبنت سهم كابن الميت وبنته. ابنا وبنت بنت وابن ابن بنت: قول من سوى لابن ابن البنت النصف والباقي بين

الباقين على ثلاثة سواء كانوا من ولد بنت أو من ولد بنين، وقول المفضلين إن كانوا من ولد بنين فلابن ابن البنت النصف والنصف الآخر بين الباقين على خمسة. وإن كانوا من ولد بنت فلابن ابن البنت الثلثان والثلث الباقي للباقين على خمسة لأن المال كان للبنت الأولى فقسم بين ابنها وبنتها أثلاثاً للابن سهمان فهما لابنه وللبنت سهمان فهو لولدها قول محمد: يقسم بينهم على خمسة لابن الابن سهمان لأنه يدلي بابن وللباقين ثلاثة لأنهم يدلون بأنثى قول أبي يوسف يقسم بينهم على سبعة لكل ابن سهمان وللبنت سهم. ابنا بنت بنت وبنتا ابن بنت: قول من سوى المال بينهم على أربعة بكل حال قول المفضلين إن كانوا من ولد بنين فكذلك وإن كانوا من ولد واحدة فلابنها الثلثان بين ابنتيه ولابنتها الثلث بين ابنيها قول أبي يوسف المال بينهم على ستة لكل ذكر سهمان ولكل أنثى سهم قول محمد لكل ذكر سهم ولكل أنثى سهمان ابنا وابنتا ابن أخت وثلاثة بنين وثلاث بنات بنت أخت قول من سوى النصف بين الأولين على أربعة والنصف الباقي بين الآخرين على ستة وتصح من أربعة وعشرين قول من فضل إن كانوا من ولد واحدة فللأولين الثلثان بينهم على ستة وللآخرين الثلث بينهم على تسعة وتصح من أربعة وخمسين، وإن كانوا من ولد اثنتين صحت من ستة وثلاثين قول أبي يوسف للذكر مثل حظ الأنثيين وتصح من خمسة عشر، وقول محمد ولد ابن الأخت بمنزلة أربع ذكور وولد بنت الأخت كست إناث فيقسم المال بينهم على أربعة عشر ولولد أخ الأخت منها ثمانية أسهم بينهم على ستة وللآخرين ستة بينهم على سبعة وتصح من اثنين وأربعين وترجع بالاختصار إلى أحد وعشرين، ابنتا أخ وابن وابنة أخت لبنتي الأخ الثلثان في قول المنزلين جميعهم، وقول محمد: الثلث لولدي الأخت بينهما بالسوية عند من سوى ومن فضل جعله بينهما أثلاثاً وهذا قول محمد، وقال أبو يوسف لابن الأخت سهمان ولكل واحد من الباقين سهم وتصح من خمسة.

فصل: بنت بنت وبنت بنت ابن: هي من أربعة عند المنزلين جميعهم وعند أهل القرابة هو لبنت البنت لأنها أقرب فإن كان معهما بنتا بنت ابن أخرى فكأنهم بنت وابنتا ابن فمسألتهم من ثمانية وتصح من ستة عشر. ابن بنت ابن وبنت ابن بنت: المال للابن لأنه أقرب إلى الوارث وهذا قول عامة من ورثهم إلا ما حكي عن ابن سالم في أنه ينزل البعيد حتى يلحق بوراثه فيكون المال بينهما على أربعة للبنت ثلاثة وللابن سهم كبنت وبنت ابن بنت بنت ابن وبنت بنت ابن ابن وابنتا بنت ابن آخر للأولى ثلاثة أرباع المال والربع الباقي بين الباقيات على أربعة فتضربها في أصل المسألة تكن من ستة عشر، ابن وبنت بنت وثلاث بنات، بنت وابنا بنت ابن: لا شيء لهذين في قول الجميع لأن أمهما تسقط باستكمال البنات الثلثين ويكون النصف بين الابن وأخته على اثنين والنصف الآخر على ثلاث وتصح من اثني عشر عند من سوى، ومن فضل جعلها بينهم على ستة وهو قول أهل القرابة أيضاً، بنت بنت بنت وبنت ابن بنت أخرى وبنت بنت ابن ابن: المال لهذه إلا في قول أهل القرابة فإنه للأوليين وقول من

أمات السبب وورث البعيد مع القريب: المال بين بنت ابن بنت وبنت بنت ابن ابن على أربعة وتسقط الأخرى لأن هذه وارثة البنت في أول درجة، بنت بنت وبنت بنت بنت أخرى وبنت بنت ابن: المال بين الأولى والأخيرة على المنزلين، وقال أهل القرابة: هو للأولى. قول ابن سالم: هو للأوليين وتسقط الثالثة.

مسألة: قال: (وإذا كان ابن أخت وبنت أخت أخرى أعطي ابن الأخت حق أمه النصف وبنت الأخت الأخرى حق أمها النصف، وإن كان ابن وبنت أخت وبنت أخت أخرى فللابن وبنت الأخت النصف بينهما نصفين ولبنت الأخت الأخرى النصف).

أما المسألة الأولى فلا خلاف فيها بين المنزلين لأن كل واحد منهما له ميراث من أدلى به وهو قول محمد بن الحسن أيضاً، وقال أبو يوسف: يعتبرون بأنفسهم فيكون لابن الأخت الثلثان ولبنت الأخت الثلث. وأما المسألة الثانية فلا خلاف بين المنزلين في أن لولد كل أخت ميراثها وهو النصف ومن سوى جعل النصف بين ابن الأخت وأخته نصفين والنصف الآخر لبنت الأخت الأخرى فتصح من أربعة ومن فضل جعل النصف بينهما على ثلاثة وتصح من ستة وقال أبو يوسف: للابن النصف ولكل بنت الربع وتصح من أربعة، وقال محمد: لولد الأخت الأولى الثلثان بينهما على ثلاثة وللأخرى الثلث، وتصح من تسعة، وإذا انفرد ولد كل أخ أو أخت فالعمل فيه ما ذكرنا في أولاد البنات ومتى كان الأخوات أو الإخوة من ولد الأم فاتفق الجميع على التسوية بين ذكرهم وأنثاهم إلا الثوري ومن أمات السبب، ثلاث بنات أخ وثلاث بني أخت إن كانا من أم فالمال بينهم على عددهم وإن كانا من أب أو من أبوين فلبنات الأخ الثلثان ولبني الأخت الثلث وتصح من تسعة عند المنزلين وعند محمد مثله وفي قول أبي يوسف يجعل لبني الأخت الثلثين ولبنات الأب الثلث، ابن وبنت أخت لأبوين وابن أخت لأم هي من أربعة عند من فضل وعند من سوى تصح من ثمانية قول محمد كأنهما أختان من أبوين وأخت من أم فتصح من خمسة عشر فإن كان ولد الأم أيضاً ابناً وابنة صحت عند جميعهم من ثمانية إلا الثوري فإنه يجعل للذكر من ولد الأم مثل حظ الأنثيين فتصح عنده من اثني عشر وعند محمد هي من ثمانية عشر ابنا أخت لأبوين وابن وابنة أخت لأب وابنا أخت أخرى لأب في قول عامتهم: من ثمانية وتصح من اثنين وثلاثين عند من سوى وعند من فضل من ثمانية وأربعين وقول محمد يسقط ولد الأب ويتفق قوله مع قول أبي يوسف في أن المال لولد الأخت من الأبوين، ابن أخت لأبوين وابن وابنة أخت لأم وابنا وابنتا أخت أخرى لأم قول المنزلين: من عشرين. الثوري: من ثلاثين. محمد: من ستين.

مسألة: قال: (فإن كن ثلاث بنات ثلاث أخوات مفترقات فلبنت الأخت من الأب والأم ثلاثة أخماس المال ولبنت الأخت من الأب الخمس ولبنت الأخت من الأم الخمس).

جعلهن مكان أمهاتهن وكذلك إن كن ثلاث عمات مفترقات مذهب أحمد وسائر المنزلين في ولد الأخوات أن المال يقسم بين الأخوات على قدر سهامهن فما أصاب كل أخت فهو لولدها والمال في مسألتنا بين الأخوات على خمسة فيكون بين أولادهن كذلك وكذلك إن كن ثلاث عمات متفرقات لأنهن أخوات الأب فميراثه بينهن كميراث الأخوات المتفرقات من أخيهن وكذلك الحكم في ثلاث خالات متفرقات لأنهن أخوات الأم فميراثها بينهن كذلك وقدم أهل القرابة من كان لأب وأم من جميعهم ثم من كان لأب ثم من كان لأم إلا محمد بن الحسن فإنه قسم ميراث أولاد الأخوات على أعدادهم وأقامهم مقام أمهاتهن كأنهم أخوات.

ومن مسائل ذلك: ست بنات ثلاث أخوات متفرقات المال بين الأخوات على خمسة فما أصاب كل واحدة فهو لبنتيها وتصح من عشرة قول أبي يوسف: المال كله لولد الأبوين. قول محمد: لهما الثلثان ولولد الأم الثلث وتصح من ستة. ست بنات ست أخوات متفرقات لبنتي الأختين من الأبوين الثلثان ولولد الأم الثلث وتصح من ستة وهذا قول محمد ابن أخت لأبوين وابن وابنة أخت لأب وابنا وابنتا أخت أخرى لأب وثلاثة بنين وثلاث بنات أخت لأم هي من مائة وعشرين عند من سوى ومن ستين عند من فضل ومن أربعة وخمسين عند محمد. فإن كان معهم أربعة بنين وأربع بنات أخرى لأم صحت من مائة وأربعة وأربعين عند المنزلين كلهم قول محمد كأنهم أخت لأبوين وست أخوات لأب وأربع عشرة أختاً لأم وسهم ولد الأب بينهم على تسعة فتصح من ثلاثمائة وثمانية وسبعين فإن كان ولد الأخت للأبوين ابناً وبنتاً صحت كذلك عند المنزلين وعند محمد كأنهما أختان لأبوين فيسقط ولد الأب وتصح من مائة وستة وعشرين والقول في العمات المتفرقات والخالات المتفرقات وأولادهن كالقول في ولد الأخوات المتفرقات.

مسألة: قال: (إذا كن ثلاث بنات ثلاثة إخوة متفرقين فلبنت الأخ من الأم السدس والباقي لبنت الأخ من الأب والأم).

هذا قول جميع المنزلين لأن الإخوة المفترقين يسقط ولد الأب منهم بولد الأبوين وللأخ للأم السدس والباقي كله للأخ للأبوين ثم ما صار لكل أخ فهو لولده وكذلك الحكم في الأخوال المتفرقين وأولادهم لأن الأخوال إخوة الأم. مسائل: ومن ذلك ست بنات ستة إخوة متفرقين لولد الأم الثلث والباقي لولد الأبوين. ست بنات ثلاثة إخوة متفرقين لولد الأم السدس والباقي لولد الأبوين قول محمد لولد الأم الثلث، بنت أخ لأبوين، وابن أخ لأم وبنت أخ آخر لأم ابن وبنت بنت أخ لأب وابنا وابنتا ابن أخ لأم وثلاثة بنين وثلاث بنات بنت أخت

لأم تصح من اثنين وسبعين عند المنـزلين فـإن كان مكـان الأخ من الأب أخت كانت من ستـين فإن كان معهم ابن بنت أخت من أبوين عادت إلى اثنين وسبعين.

فصل: بنت أخ لأم وبنت ابن أخ لأب للأولى السدس والباقي للثانية عند المنزلين، وفي القرابة هو للأولى لأنها أقرب إلى الميت. بنت بنت أخ لأبوين وبنت ابن أخ لأبوين المال لهذه في قولهم جميعاً بنت ابن أخ لأم وبنت بنت أخ لأبـوين وابن بنت أخ لأب للأولى السـدس والباقي للثانية. وقال أبو يوسف الكل للثانية. بنت أخ لأم وبنت بنت أخ لأب المال للأولى إلا في قـول الثوري وابن سالم وضرار: للأولى السدس والباقي للثانية لأنهم يورثون البعيد مع القريب وإن كانوا من جهة واحدة.

فصل: ابن وبنت أخت لأبوين وبنتا أخ لأب وثلاثة بني أخت لأب وخمسة بني أخت لأم وعشر بنات أخ لأم أصلها من ثمانية عشر وتصح من خمسمائـة وأربعين في قـول المنزلـين النصف من ذلك بين ولدي الأخت للأبوين بالسوية عنـد من سوى وأثـلاثاً عنـد من فضل ولـولد الأم الثلث وهو مائة وثمانون ولولـد الأخ تسعون ولـولد الأخت تسعـون ولولـد الأب تسعون ولـولد الأخ ستون. ولولد الأخت ثلاثون، ثلاث بنات إخوة مفترقين وثـلاث بنات أخـوات مفترقـات لولدي الأم الثلث بينهما بالسوية والباقي لولدي الابن لبنت الأخ ثلثاه ولبنت الأخت ثلثـه. وإن كان معهم ثلاثة بني أخوال مفترقين فلهم السدس لابن الخال من الأم سدسه وباقيه لابن الخال من الأبـوين ويبقى النصف لبنت الأخ من الأبـوين ثلثـاه ولبنت الأخت ثلثـه وتصـح من ستـة وثـلاثين والحكم في ثـلاثة أخـوال مفترقـين في قسمة مـيراث الأم بينهم كالحكم في ثـلاثة إخـوة مفترقين في قسم ميراثهم بينهم وكذلك ثلاثة أخوال مفترقين مع ثلاث خالات مفـترقات كثـلاث بنات إخوة مفترقين مع ثلاث بنات أخوات مفترقات على ذكرنا.

مسألة: قال: (وإذا كان ثـلاث بنات عمومة مفـترقين فـالمال لبنت العم من الأب والأم لأنهن أقمن مقام آبائهن).

أكثر أهل التنزيل على هذا وهو قول أهل القرابة. وقال الثوري: المال بـين بنت العم من الأبوين وبنت العم من الأم على أربعـة. وقال أبـو عبيد: لبنت العم من الأم السـدس والباقي لبنت العم من الأبـوين كبنات الإخـوة، ولا يصح شيء من هـذا لأنهن بمنزلـة آبائهن ولـو كان آباؤهن أحياء لكان المال للعم من الأبوين، وفارق بنـات الإخوة لأن آبـاءهن يكون المـال بينهم على ستة ويرث الأخ من الأم مع الأخ من الأبـوين بخلاف العمـومة. وقيـل: على قيـاس قول محمـد بن سالم: المـال لبنت العم من الأم لأنها بعد درجتـين بمنزلـة الأب فيسقط بـه العم قـال الخبري: وليس بشيء وقد ذكر أبو الخطاب في كتاب الهـداية قـولاً من رأيه يفضي إلى هـذا فإنـه ذكر أن الأبوة جهـة والعمومـة جهة أخـرى وأن البعيد والقـريب من ذوي الأرحام إذا كـانا من

جهتين نزل البعيد حتى يلحق بوارثه سواء سقط به القريب أو لم يسقط فيلزم على هذا أن تنزل بنت العم من الأم حتى تلحق بالأب فيسقط بها ابنتا العمين الآخرين، وأظن أبا الخطاب لو علم إفضاء هذا القول إلى هذا لم يقله ولم يذهب إليه لما فيه من مخالفة الإجماع ومقتضى الدليل وإسقاط القوي بالضعيف والقريب بالبعيد ولا يختلف المذهب في أن الحكم في هذه المسألة على ما قال الخرقي.

ومن مسائل ذلك: بنت عم لأبوين وبنت عم لأب: المال للأولى. بنت عم لأب وبنت عم لأم كذلك. بنت عم لأب وبنت ابن‌عم لأبوين كذلك بنت ابن عم لأب وبنت عم لأم المال للأولى عند المنزلين وهو للثانية عند أهل القرابة لأنها أقرب. بنت عم لأم وبنت بنت عم لأبوين المال للأولى في قولهم جميعاً. بنت عم وابن عمة المال لبنت العم عند الجمهور. وحكي عن الثوري أن لبنت العم سهمين ولابن العمة سهم بنت بنت عم وبنت ابن عم المال لهذه عند الجمهور وقول ابن سالم هو للأولى بنت عمة من أبوين وبنت عم من أم لبنت العم السدس ولبنت العمة النصف ثم يرد عليهما الباقي فيكون بينهما على أربعة، ثلاث بنات عمات مفترقات وبنت عم من أم المال بينهن على ستة فإن كان معهن بنت عم من أبوين أو أب ورثت المال دونهن.

مسألة: قال: (فإن كن ثلاث خالات مفترقات وثلاث عمات مفترقات فالثلث بين الثلاث خالات على خمسة والثلثان بين الثلاث عمات على خمسة أسهم).

فتصح من خمسة عشر سهماً للخالة التي من قبل الأب والأم ثلاثة أسهم وللخالة التي من قبل الأب سهم وللخالة التي من قبل الأم سهم وللعمة التي من قبل الأب والأم ستة أسهم وللعمة التي من قبل الأب سهمان وللعمة التي من قبل الأم سهمان، إنما كان كذلك لأن الخالات بمنزلة الأم والعمات بمنزلة الأب فكأن الميت خلف أباه وأمه فلأمه الثلث والباقي لأبيه ثم ما صار للأم بين أخواتها على خمسة لأنهن أخوات لها متفرقات فيقسم نصيبها بينهن بالفرض والرد على خمسة كما يقسم مال الميت بين أخواته المفترقات وما صار للأب قسم بين أخواته على خمسة فصار الكسر في الموضعين على خمسة وإحداهما تجزىء عن الأخرى لأنهما عددان متماثلان فنضرب خمسة في أصل المسألة وهو ثلاثة فصارت خمسة عشر كما ذكر للخالات سهم في خمسة مقسومة بينهن كما ذكر وللعمات سهمان في خمسة تكن عشرة بينهن على خمسة كما ذكر أيضاً. وهذا قول عامة المنزلين، وعند أهل القرابة: للعمة من الأبوين الثلثان وللخالة من الأبوين الثلث وسقط سائرهن، وقال نعيم وإسحاق: الخالات كلهن سواء فيكون نصيبهن بينهن على ثلاثة. وكذلك نصيب العمات بينهن على ثلاثة يتساوين فيه فتكون هذه المسألة عندهما من تسعة، فإن كان مع الخالات خال من أم ومع العمات عم من أم فسهم كل واحد من الفريقين بينهم على ستة،

وتصح من ثمانية عشر سهماً عند المنزلين. ثلاثة أخوال مفترقين معهم أخواتهم وعم وعمة من أم الثلث بين الأخوال والخالات على ستة للخال والخالة من الأم ثلاثة بينهما بالسوية وثلثاه للخال والخالة من الأبوين بينهما على ثلاثة عند من فضل وهو قول أكثر المنزلين وإحدى الروايتين عن أحمد وذكرها الخرقي في الخال والخالة خاصة دون سائر ذوي الأرحام، والرواية الأخرى هو بينهما على السوية والثلثان بين العم والعمة بالسوية. ثلاث عمات وثلاث بنات عم وثلاث خالات وثلاثة بني خال الميراث للعمات والخالات ويسقط الباقون فيكون للخالات الثلث والباقي للعمات، فإن كان معهم ثلاث بنات إخوة فللخالات السدس والباقي للعمات لأنهن بمنزلة الأب فيسقط بهن بنات الإخوة لأنهن بمنزلة الإخوة، ويحتمل أن يجعل أولاد الإخوة والأخوات من جهة الأبوة فيقدم ولد الأبوين وولد الأب على العمات لأنهم أولاد بنيه والعمات أخواته، ووجه هذا الاحتمال أنا إذا جعلنا الأخوة جهة والأبوة جهة أخرى مع ما تقرر من أصلنا أن البعيد والقريب إذا كانا من جهتين نزل البعيد حتى يلحق بوارثه سواء سقط به القريب أو لم يسقط لزم منه سقوط ولد الإخوة ببنات العم من الأم لأنهن من جهة الأب ويلزم من هذا أن يسقطن ببنات العمات وبنات الأعمام كلهم، فأما إن كان مكان العمات والخالات بناتهن فللخالات السدس بين بناتهن على خمسة والباقي لبنات الإخوة، لبنت الأخ من الأم السدس والباقي لبنت الأخ من الأبوين، وتصح المسألة من ثلاثين فإن لم يكن بنات إخوة من أبوين ولا من أب فالباقي لبنت العم من الأبوين.

فصل: خالة وابن عمة للخالة الثلث والباقي لابن العمة وهذا قول الثوري ومن ورث البعيد مع القريب. وفي قول أكثر المنزلين وأهل القرابة: المال للخالة لأنها أقرب، وكذلك إن كان مكان الخالة خال. عمة وابن خال معه أخته الثلث بين ابن الخال وأخته بالسوية إن كان أبوهما خالاً من أم، وإن كان من أب أو من أبوين ففيه روايتان:

إحداهما: هو بينهما بالسوية أيضاً.

والثانية: على ثلاثة والباقي للعمة وعند أكثر الفرضيين المال للعمة. بنت عم وابن عمة وبنت خال وابن خالة الثلث بين بنت الخال وابن الخالة بالسوية إن كانا من أم. وإن كانا من أبوين أو من أب فهل هو بينهما بالسوية أو على ثلاثة؟ فيه روايتان، وإن كان ابن الخالة من أم والخال من أب فلابن الخالة سدس الثلث والباقي لبنت الخال، وإن كانت بنت الخال من أم وابن الخالة من أب فالثلث بينهما على أربعة والباقي لابن العم. وعند أكثر المنزلين المال كله لبنت العم لأنها أسبق إلى الوارث. خالة وبنت عم ثلث وثلثان وعند أهل القرابة هو للخالة. عمة وبنت عم من نزل العمة أباً: جعل المال لها ومن نزلها عماً: جعل المال بينهما نصفين. وكذلك من أمات السبب. بنت ابن عم لأب وبنت عمه لأبوين المال لبنت ابن العم. ابن

خالة من أم وبنت خالة من أب وبنت عم من أم وابن عم من أب الثلث من أربعة والثلثان من أربعة أيضاً وتصح من اثني عشر، وفي القرابة: الثلث لبنت الخالة والثلثان لابن العمة وتصح من ثلاثة.

فصل: خال وخالة وأبو أم المال لأبي الأم فإن كان معهم ابنة عم أو عمة فالثلث لأبي الأم والباقي لابنة العم أو العمة وإن كان مكان أبي الأم أمه فلا شيء لها لأن الخالة أسبق إلى الوارث والجهة واحدة. خالة وأبو أم المال للخالة لأنها بمنزلة الأم وهي تسقط أم الأم. ابن خال وابن أخ من أم المال بينهما على ثلاثة كأنهما أم وأخ من أم وعند المنزلين: هو لابن الأخ، فإن كان معهما ابن أخت من أب فالمال بينهم على خمسة لابن الأخت ثلاثة أخماسه ولكل واحد منهما الخمس وإن كان معهم بنت أخ من أبوين فلها النصف ولكل واحد من الباقين السدس وعند المنزلين: لا شيء لابن الخال والمال بين الباقين على خمسة. خال وابن ابن أخت لأم المال بينهما على ثلاثة وعند المنزلين: هو للخال. بنت بنت أخت لأبوين وابن ابن أخ لأم وبنت ابن أخ لأب وبنت خالة لهذه السدس والباقي لبنت ابن الأخ وعند المنزلين: المال كله له.

فصل: عمة وابنة أخ المال للعمة عند من نزلها أباً ولابن الأخ عند من نزلها عماً وبينهما عند من نزلها جداً. بنت عم وبنت عمة وبنت أخ من أم وبنت أخ من أب لبنت الأخ من الأم السدس والباقي لبنت الأخ من الأب فإن لم يكن بنت أخ من أب فالباقي لبنت العم، ويجيء على قول من نزل البعيد حتى يلحقه بوارثه وجعل الأبوة جهة والأخوة جهة أن يسقط أولاد الأخوة، فإن جعل الأبوة جهة والعمومة جهة أخرى أسقط بنت العم ببنت العمة وقيل: إن هذا قول ابن سالم وهو بعيد: بنت عم وبنت خال وبنت أخ من أب: لبنت الخال الثلث والباقي لبنت الأخ وعند أكثر المنزلين الكل لبنت الأخ. ثلاث بنات أخوات مفترقات وثلاث بنات عمات مفترقات السدس والباقي بين بنات العمات على خمسة وتصح من ثلاثين فإن كان معهم خال أو خالة أو أحد من أولادهما فله السدس ولا شيء لولد العمات إلا على قول ابن سالم وأصحابه: فإنه يورثهم ويسقط ولد الأخوات، ويقتضيه قول أبي الخطاب: خالة وعمة وثلاث بنات ثلاث أخوات مفترقات للخالة السدس والباقي للعمة ومن نزلها عماً فلبنتي الأخت من الأبوين النصف ولبنتي الأخت من الأب السدس ولبنتي الأخت من الأم السدس فإن كن بنات ست أخوات مفترقات عالت على هذا إلى سبعة.

فصل: في عمات الأبوين وأخوالهما وخالاتهما: مذهبنا ما تقدم من تقديم الأسبق إلى الوارث إن كانا من جهة واحدة وتنزيل البعيد حتى يلحق بوارثه إن كانا من جهتين ثم يجعل لمن يدلي به ما كان له وأكثر المنزلين يعطون الميراث للأسبق بكل حال. والمشهور عن أهل العراق أن نصيب الأم بين خالها وخالتها وعمها وعمتها على ثلاثة ونصيب الأب بين عماته وخالاته

كذلك. ومن مسائل ذلك ثلاث خالات أم مفترقات وثلاثة أعمام أم مفترقين وثلاث خالات أب مفترقات فخالات الأم بمنزلة أم الأم وخالات الأب بمنزلة أم الأب فيكون المال بين هاتين الجدتين نصفين ونصيب كل واحدة منهما بين أخواتها على خمسة وتسقط عمات الأم لأنهن بمنزلة أب الأم وهو غير وارث، فإن كان معهم عمات أب فلخالات الأب والأم السدس بينهما والباقي لعمات الأب لأنهن بمنزلة الجد. عمة أب وعمة أم لعمة الأم الثلث والباقي لعمة الأب، هذا قياس المذهب وهو قول أهل العراق، وقال القاضي: المال لعمة الأب لأنها أسبق لأنها أخت الجد وهو وارث وهذا قول أكثر المنزلين لأنهم يورثون الأسبق بكل حال. خالة أم وعمة أب للخالة السدس والباقي للعمة لأنها كجده وجدة وكذلك القول في خالة أب وعمته. خالة أم وخالة أم أب المال للخالة لأنها بمنزلة أم أم وأم أم أب. خال أب وعم أم المال للخال لأنه بمنزلة جدة والجدات بمنزلة الأمهات. بنت خال أم وبنت عم أب لبنت الخال السدس ولبنت العم ما بقي ومن ورث الأسبق جعل الكل لبنت العم. أبو أبي أم وأبو أم أب المال لأبي أم الأب فإن كان معهما أبو أم أم فهو بينهما نصفين لأنها بمنزلة جدتين متحاذيتين. أبو أم وأبي أم وأبو أبي أم أم المال لهذا لأنه أسبق فإن كان معهما أبو أم أبي أب فالمال له لأنه بأول درجة يلقى الوارث. أب وأم أبي أم لأم أبي الأم الثلث والباقي للأب فإن كان معهما أبو أم أم فالمال له لأنه يدلي بوارث فإن كان معهم أبو أم أب فالمال بين هذا والذي قبله نصفين.

فصل: وإذا كان لذي الرحم قرابتان ورث بهما بإجماع من المورثين لهم إلا شيئاً يحكى عن أبي يوسف أنهم لا يرثون إلا بقرابة واحدة وليس بصحيح عنه ولا صحيح في نفسه لأنه شخص له جهتان لا يرجح بهما فورث بهما كالزوج إذا كان ابن عم وابن العم إذا كان أخاً من أم، وحساب ذلك أن تجعل ذا القرابتين كشخص فتقول في ابن بنت بنت هو ابن ابن بنت أخرى وبنت بنت بنت أخرى: للابن الثلثان وللبنت الثلث فإن كانت أمهما واحدة فله ثلاثة أرباع المال عند من سوى ولأخته الربع ومن فضل جعل له النصف والثلث ولأخته السدس وهذا قول أكثر المنزلين وقول أبي حنيفة ومحمد وقياس قول أبي يوسف له أربعة أخماس المال ولأخته الخمس. بنتا أخت من أم إحداهما بنت أخ من أب وبنت أخت من أبوين هي من اثني عشر ستة لبنت الأخت من أبوين وأربعة لذات القرابتين من جهة ابنها ولها سهم من جهة أمها وللأخرى سهم. عمتان من أب إحداهما خالة من أم وخالة من أبوين هي من اثني عشر أيضاً لذات القرابتين خمسة وللعمة الأخرى أربعة وللخالة من الأبوين ثلاثة فإن كان معهما عم من أم هو خال من أب صحت من تسعين. ابن وبنت ابن عمة من أم البنت هي بنت عم من أم والعم هو خال من أب. ابن وبنت ابن خال من أب الابن هو ابن بنت خال آخر من أب والخالان عمان من أم هي من ثمانية عشر.

مسائل شتى: يعني متفرقة فإنها مسائل من أبواب متفرقة يقال: شتى وشتان وقال الله تعالى: ﴿تَحْسَبُهُمْ جَمِيعاً وَقُلُوبُهُمْ شَتَّىٰ﴾ [الحشر: ١٤] وقال تعالى: ﴿إِنَّ سَعْيَكُمْ لَشَتَّىٰ﴾ [الليل: ٤] وقال الشاعر:

قد عشت في الناس أطواراً على طرق   شتى وقاسيت فيها اللين والفظعا

مسألة: قال: (والخنثى المشكل يرث نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى فإن بال من حيث يبول الرجل فليس بمشكل وحكمه في الميراث وغيره حكم رجل وإن بال من حيث تبول المرأة فله حكم امرأة).

الخنثى هو الذي له ذكر وفرج امرأة أو ثقب في مكان الفرج يخرج منه البول وينقسم إلى مشكل وغير مشكل فالذي يتبين فيه علامات الذكورية أو الأنوثية فيعلم أنه رجل أو امرأة فليس بمشكل وإنما هو رجل فيه خلقة زائدة أو امرأة فيها خلقة زائدة وحكمه في إرثه وسائر أحكامه حكم ما ظهرت علاماته فيه ويعتبر بمباله في قول من بلغنا قوله من أهل العلم، قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الخنثى يورث من حيث يبول إن بال من حيث يبول الرجل فهو رجل وإن بال من حيث تبول المرأة فهو امرأة، وممن روي عنه ذلك علي ومعاوية وسعيد بن المسيب وجابر بن زيد وأهل الكوفة وسائر أهل العلم.

وقال ابن اللبان: روى الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس أن النبيّ ﷺ سئل عن مولود له قبل وذكر من أين يورث؟ قال: «من حيث يبول» وروي أنه عليه السلام أتي بخنثى من الأنصار فقال: «ورثوه من أول ما يبول منه» ولأن خروج البول أعم العلامات لوجودها من الصغير والكبير وسائر العلامات إنما يوجد بعد الكبر مثل نبات اللحية وتفلك الثدي وخروج المني والحيض والحبل وإن بال منهما جميعاً اعتبرنا أسبقهما نص عليه أحمد وروي ذلك عن سعيد بن المسيب وبه قال الجمهور، فإن خرجا معاً ولم يسبق أحدهما فقال أحمد في رواية إسحاق بن إبراهيم: يرث من المكان الذي ينزل منه أكثر. وحكي هذا عن الأوزاعي وصاحبي أبي حنيفة ووقف في ذلك أبو حنيفة ولم يعتبره أصحاب الشافعي رضي الله عنه في أحد الوجهين.

ولنا: إنها مزية لإحدى العلامتين فيعتبر بها كالسبق فإن استويا فهو حينئذ مشكل فإن مات له من يرثه فقال الجمهور: يوقف الأمر حتى يبلغ فيتبين فيه علامات الرجل من نبات اللحية وخروج المني من ذكره وكونه مني رجل، أو علامات النساء من الحيض والحبل وتفلك الثديين نص عليه أحمد في رواية الميموني وحكي عن علي والحسن أنهما قالا: تعد أضلاعه فإن أضلاع المرأة أكثر من أضلاع الرجل بضلع، قال ابن اللبان: فلو صح هذا لما أشكل حاله ولما

احتج إلى مراعاة المبال، وقال جابر بن زيد: يوقف إلى جنب حائط فإن بال عليه فهو رجل وإن شلشل بين فخذيه فهو امرأة وليس على هذا تعويل والصحيح ما ذكرناه إن شاء الله تعالى وأنه يوقف أمره ما دام صغيراً فإن احتيج إلى قسم الميراث أعطي هو ومن معه اليقين ووقف الباقي إلى حين بلوغه فتعمل المسألة على أنه ذكر ثم على أنه أنثى وتدفع إلى كل وارث أقل النصيبين ونقف الباقي حتى يبلغ، فإن مات قبل بلوغه أو بلغ مشكلاً فلم تظهر فيه علامة ورث نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى نص عليه أحمد وهذا قول ابن عباس والشعبي وابن أبي ليلى وأهل المدينة ومكة والثوري واللؤلؤي وشريك والحسن بن صالح وأبي يوسف ويحيى بن آدم وضرار بن صرد ونعيم بن حماد وورثه أبو حنيفة بأسوأ حالاته وأعطى الباقي لسائر الورثة وأعطاه الشافعي ومن معه اليقين ووقف الباقي حتى يتبين الأمر أو يصطلحوا، وبه قال أبو ثور وداود وابن جرير وورثه بعض أهل البصرة على الدعوى فيما بقي بعد اليقين وبعضهم بالدعوى من أصل المال وفيه أقوال شاذة سوى هذه.

ولنا: قول ابن عباس ولم نعرف له في الصحابة منكراً ولأن حالتيه تساوتا فوجبت التسوية بين حكميهما كما لو تداعى نفسان داراً بأيديهما ولا بينة لهما وليس توريثه بأسوأ أحواله بأولى من توريث من معه بذلك فتخصيصه بهذا تحكم لا دليل عليه ولا سبيل إلى الوقف لأنه لا غاية له تنتظر وفيه تضييع المال مع يقين استحقاقهم له.

فصل: واختلف من ورثه نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى في كيفية توريثهم فذهب أكثرهم إلى أن يجعلوا مرة ذكوراً ومرة إناثاً وتعمل المسألة على هذا مرة وعلى هذا مرة ثم تضرب إحداهما في الأخرى إن تباينتا أو في وفقها إن اتفقتا وتجتزىء بإحداهما إن تماثلتا أو بأكثرهما إن تناسبتا فتضربها في اثنين ثم تجمع ما لكل واحد منهما إن تماثلتا وتضرب ما لكل واحد منهما في الأخرى إن تباينتا أو في وفقها إن اتفقتا فتدفعه إليه ويسمى هذا مذهب المنزلين وهو اختيار أصحابنا وذهب الثوري واللؤلؤي في الولد إذا كان فيهم خنثى إلى أن يجعل للأنثى سهمين وللخنثى ثلاثة وللذكر أربعة وذلك لأننا نجعل للأنثى أقل عدد له نصف وهو اثنان وللذكر ضعف ذلك أربعة وللخنثى نصفهما وهو ثلاثة فيكون معه نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى وهذا قول لا بأس به وهذا القول يوافق الذي قبله في بعض المواضع ويخالفه في بعضها وبيان اختلافهما أننا لو قدرنا ابناً وبنتاً وولداً خنثى لكانت المسألة على هذا القول من تسعة للخنثى الثلث وهو ثلاثة وعلى القول الأول مسألة الذكورية من خمسة والأنوثية من أربعة تضرب إحداهما في الأخرى تكن عشرين ثم في اثنين تكن أربعين للبنت سهم في خمسة وسهم في أربعة يكن لها تسعة، وللذكر ثمانية عشر وللخنثى سهم في خمسة وسهمان في أربعة يكن له ثلاثة عشر وهي دون ثلث الأربعين، وقول من ورثه بالدعوى فيما بقي بعد اليقين يوافق قول المنزلين في أكثر المواضع فإنه يقول في هذه المسألة: للذكر الخمسان بيقين وهي ستة عشر من

أربعين وهو يدعي النصف من عشرين وللبنت الخمس بيقين وهي تدعي الربع وللخنثى الربع بيقين وهو يـدعي الخمسين ستـة عشر، والمختلف فيه ستـة أسهم يدعيهـا الخنثى كلها فتعـطيه نصفها ثلاثة مع العشرة التي معـه صارت لـه ثلاثـة عشر، والابن يدعي أربعـة فتعطيـه نصفها سهمين صار له ثمانية عشر والبنت تدعي سهمين فتدفـع إليها سهـماً صار لهـا تسعة، وقـد ورثه قوم بالدعوى من أصل المال فعلى قولهم: يكون الميراث في هذه المسألـة من ثلاثـة وعشرين لأن المدعى هاهنا نصف وربع وخمسان ومخرجهـا عشرون يعطى الابن النصف عشرة وللبنت خمسـة والخنثى ثمانية تكن ثلاثة وعشرين، فإن لم يكن في المسألة بنت ففي قول الثـوري هي من سبعة وكذلك قول من ورثهما بالدعوى من أصل المال وفي التنزيل من اثني عشر للابن سبعة وللخنثى خمسة وهو قول من ورثه بالدعوى فيما عدا اليقين وإن كـانت بنت وولد خنثى ولا عصبـة معهما فهي من خمسة في قول الثـوري ومن اثني عشر في التنزيـل وإن كان معهـما عصبة فهي من سـتـة للخنثى ثلاثة وللبنت سهمان وللعصبة سهم في الأقوال الثلاثة، فإن كـان معهما أم وعصبـة فهي في التنزيل من ستـة وثلاثـين للأم ستـة وللخنثى ستة عشر وللبنت أحـد عشر وللعصبة ثـلاثة، وقيـاس قول الثـوري: أن يكون للخنثى والبنت ثـلاثة أربـاع المال بينهـما على خمسـة[1] وللأم السـدس ويبقى نصف السـدس للعصبـة وتصـح من ستـين[2] وإن كـان ولـد خنثى وعصبـة فللخنثى ثلاثة أرباع المال والباقي للعصبة إلا في قول من ورثهما بالدعـوى من أصل المـال فإنـه يجعل المال بينهما أثلاثاً لأن الخنثى تدعي المال كله، والعصبة تـدعي نصفه فتضيف النصف إلى الكل فيكون ثلاثة أنصاف لكل نصف ثلث. بنت وولد ابن خنثى وعم هي في التنزيل من اثني عشر، وترجع بالاختصار إلى ستة للبنت النصف وللخنثى الثلث وللعم السدس.

فصل: وإن كان الخنثى يرث في حال دون حـال كزوج وأخت وولـد أب خنثى فمقتضى قول الثوري أن يجعل للخنثى نصف ما يرثه في حـال إرثه وهـو نصف سهم فتضمنه إلى سهـام الباقين وهي ستة ثم تبسطها أنصافاً ليزول الكسر فتصير ثلاثـة عشر له منهـا سهم والباقي بـين الزوج والأخت نصفين وقد عمل أبو الخطاب هذه المسألة على هـذا في كتاب الهـداية. وأمـا في التنزيل فتصح من ثمانيـة وعشرين للخنثى سهمان وهي نصف سبـع ولكل واحـد من الآخرين ثلاثة عشر، وإن كـان زوج وأم وأخوان من أم وولـد أب خنثى فله في حال الأنـوثية ثـلاثة من تسعة فاجعل له نصفها مضموماً إلى سهام باقي المسألة ثم ابسطها تكن خمسة عشر له منها ثلاثة وهي الخمس. وفي التنزيل له ستة من ستة وثلاثـين وهي السدس، وإن كـانت بنت وبنت ابن

(١) في نسخة ثلاثة.
(٢) في نسخة من اثني عشر.

وولد أخ خنثى وعم فهي من ستة للبنت النصف ولبنت الابن السدس وللخنثى السدس وللعم ما بقي على القولين جميعاً.

فصل: وإن خلف خنثيين فصاعداً نزلتهم بعدد أحوالهم في أحد الوجهين فتجعل للاثنين أربعة أحوال وللثلاثة ثمانية وللأربعة ستة عشر وللخمسة اثنين وثلاثين حالاً ثم تجمع مالهم في الأحوال كلها فتقسمه على عدد أحوالهم فما خرج بالقسم فهو لهم إن كانوا من جهة واحدة وإن كانوا من جهات جمعت ما لكل واحد منهم في الأحوال وقسمته على عدد الأحوال كلها فالخارج بالقسم هو نصيبه وهذا قول ابن أبي ليلى وضرار ويحيى بن آدم، وقول محمد بن الحسن على قياس قول الشعبي.

والوجه الآخر: أنهم ينزلون حالين مرة ذكوراً ومرة إناثاً كما تصنع في الواحد وهذا قول أبي يوسف والأول أصح لأنه يعطي كل واحد بحسب ما فيه من الاحتمال فيعدل بينهم، وفي الوجه الآخر يعطي بعض الاحتمالات دون بعض وهذا تحكم لا دليل عليه. وبيان هذا في ولد خنثى وولد أخ خنثى وعم إن كانا ذكرين فالمال للولد، وإن كانا أنثيين فللولد النصف والباقي للعم فهي من أربعة عند من نزلهم حالين للولد ثلاثة أرباع المال وللعم ربعه ومن نزلهم أحوالاً زاد حالين آخرين وهو أن يكون الولد وحده ذكراً وأن يكون ولد الأخ وحده ذكراً فتكون المسألة من ثمانية للولد المال في حالين والنصف في حالين فله ربع ذلك وهو ثلاثة أرباع المال ولولد الأخ نصف المال في حال فله ربعه وهو الثمن وللعم مثل ذلك وهذا أعدل، ومن قال بالدعوى فيما زاد على اليقين قال للأخ النصف يقيناً والنصف الآخر يتداعونه فيكون بينهم أثلاثاً وتصح من ستة، وكذلك الحكم في أخ خنثى وولد أخ وفي كل عصبتين يحجب أحدهما الآخر ولا يرث المحجوب شيئاً إذا كان أنثى، ولو خلف بنتاً وولداً خنثى وولد ابن خنثى وعصبة فمن نزلهما حالين جعلهما من ستة للولد الخنثى ثلاثة وللبنت سهمان والباقي للعم. ومن نزلهما أربعة أحوال جعلها من اثني عشر وجعل لولد الابن نصف السدس وللعم سدسه وهذا أعدل الطريقين لما في الطريق الآخر من إسقاط ولد الابن مع أن احتمال توريثه كاحتمال توريث العم وهكذا تصنع في الثلاثة وما كان أكثر منها، ويكفي في هذا القدر من هذا الباب فإنه نادر قل ما يحتاج إليه واجتماع خنثيين وأكثر نادر النادر ولم يسمع بوجوده فلا حاجة إلى التطويل فيه.

فصل: وقد وجدنا في عصرنا شيئاً شبيهاً بهذا لم يذكره الفرضيون ولم يسمعوا به فإنا وجدنا شخصين ليس لهما في قبلهما مخرج لا ذكر ولا فرج أما أحدهما فذكر وأنه ليس له في قبله إلا لحمة ناتئة كالربوة يرشح البول منها رشحاً على الدوام وأرسل إلينا يسألنا عن حكمه في الصلاة والتحرز من النجاسة في هذه السنة وهي ستة عشر وستمائة. والثاني شخص ليس له إلا مخرج واحد فيما بين المخرجين منه يتغوط ومنه يبول. وسألت من أخبرني عنه عن زيه فأخبرني

أنه إنما يلبس لباس النساء ويخالطهن ويغزل معهن ويعد نفسه امرأة، وحدثت أن في بعض بلاد العجم شخصاً ليس له مخرج أصلاً لا قبل ولا دبر وإنما يتقايأ ما يأكله وما يشربه فهذا وما أشبهه في معنى الخنثى إلا أنه لا يمكن اعتباره بمباله، فإن لم يكن له علامة أخرى فهو مشكل ينبغي أن يثبت له حكم الخنثى المشكل في ميراثه وأحكامه كلها والله تعالى أعلم.

مسألة: قال: (وابن الملاعنة ترثه أمه وعصبتها فإن خلف أماً وخالاً فلأمه الثلث وما بقي فللخال).

وجملته: أن الرجل إذا لاعن امرأته ونفى ولدها وفرق الحاكم بينهما انتفى ولدها عنه وانقطع تعصيبه من جهة الملاعن فلم يرثه هو ولا أحد من عصباته وترث أمه وذوو الفروض منه فروضهم وينقطع التوارث بين الزوجين لا نعلم بين أهل العلم في هذه الجملة خلافاً، وأما إن مات أحدهم قبل تمام اللعان من الزوجين ورثه الآخران في قول الجمهور، وقال الشافعي رضي الله عنه: إذا كمل الزوج لعانه لم يتوارثا وقال مالك: إن مات الزوج بعد لعانه فإن لاعنت المرأة لم ترث ولم تحد، وإن لم تلاعن ورثت وحدت وإن ماتت هي بعد لعان الزوج ورثها في قول جميعهم إلا الشافعي رضي الله عنه، وإن تم اللعان بينهما فمات أحدهما قبل تفريق الحاكم بينهما ففيه روايتان.

إحداهما: لا يتوارثان وهو قول مالك وزفر، وروي نحو ذلك عن الزهري وربيعة والأوزاعي وداود لأن اللعان يقتضي التحريم المؤبد فلم يعتبر في حصول الفرقة به التفريق كالرضاع.

والرواية الثانية: يتوارثان ما لم يفرق الحاكم بينهما وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه لأن النبيّ ﷺ فرق بين المتلاعنين ولو حصل التفريق باللعان لم يحتج إلى تفريقه، وإن فرق الحاكم بينهما قبل تمام اللعان لم تقع الفرقة ولم ينقطع التوارث في قول الجمهور. وقال أبو حنيفة وصاحباه: إن فرق بينهما بعد أن تلاعنا ثلاثاً وقعت الفرقة وانقطع التوارث لأنه وجد منهما معظم اللعان، وإن فرق بينهما قبل ذلك لم تقع الفرقة ولم ينقطع التوارث.

ولنا: إنه تفريق قبل تمام اللعان فأشبه التفريق قبل الثلاث وهذا خلاف في توارث الزوجين فأما الولد: فالصحيح أنه ينتفي عن الملاعن إذا تم اللعان بينهما من غير اعتبار تفريق الحاكم لأن انتفاءه بنفيه لا بقول الحاكم فرقت بينكما فإن لم يذكره في اللعان لم ينتف عن الملاعن ولم ينقطع التوارث بينهما.

وقال أبو بكر: ينتفي بزوال الفراش وإن لم يذكره لأن النبيّ ﷺ نفى الولد عن الملاعن وألحقه بأمه ولم يذكره الرجل في لعانه، ويحقق ذلك أن الولد كان حملاً في البطن فقال

النبيّ ﷺ: «انظروها فإن جاءت به أحيمر كأنه وحرة حمش الساقين فلا أراه إلا قد كذب عليها، وإن جاءت به جعداً جمالياً خدلج الساقين سابغ الأليتين فهو للذي رميت به» على النعت المكروه.

إذا ثبت هذا عدنا إلى مسألة الكتاب فنقول: اختلف أهل العلم في ميراث الولد المنفي باللعان فروي عن أحمد فيه روايتان:

إحداهما: أن عصبته عصبة أمه. نقلها الأثرم وحنبل يروى ذلك عن علي وابن عباس وابن عمر وبه قال الحسن وابن سيرين وجابر بن زيد وعطاء والشعبي والنخعي والحكم وحماد والثوري والحسن بن صالح إلا أن علياً يجعل ذا السهم من ذوي الأرحام أحق ممن لا سهم له وقدم الرد على غيره.

والرواية الثانية: أن أمه عصبته فإن لم يكن فعصبتها عصبته نقله أبو الحارث ومهنا وهذا قول ابن مسعود وروي نحوه عن علي ومكحول والشافعي لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبيّ ﷺ جعل ميراث ابن الملاعنة لأمه ولورثتها من بعدها. ورواه أيضاً مكحول عن النبيّ ﷺ مرسلاً. وروى واثلة بن الأسقع عن النبيّ ﷺ قال: «تحوز المرأة ثلاثة مواريث: عتيقها ولقيطها وولدها الذي لاعنت عليه».

وعن عبيد الله بن عبيد بن عمير قال: كتبت إلى صديق لي من أهل المدينة من بني زريق أسأله عن ولد الملاعنة لمن قضى به رسول الله ﷺ فكتب إليّ: إني سألت فأخبرت أنه قضى به لأمه، هي بمنزلة أبيه وأمه. رواهن أبو داود ولأنها قامت مقام أمه وأبيه في انتسابه إليها فقامت مقامها في حيازة ميراثه، ولأن عصبات الأم أدلوا بها فلم يرثوا معها كأقارب الأب معه وكان زيد بن ثابت يورث من ابن الملاعنة كما يورث من غير ابن الملاعنة ولا يجعلها عصبة ابنها ولا عصبتها عصبته فإن كانت أمه مولاة لقوم جعل الباقي من ميراثها لمولاها فإن لم تكن مولاة جعله لبيت المال، وعن ابن عباس ونحوه، وبه قال سعيد بن المسيب وعروة وسليمان بن يسار وعمر بن عبد العزيز والزهري وربيعة وأبو الزناد ومالك وأهل المدينة والشافعي وأبو حنيفة وصاحباه وأهل البصرة إلا أن أبا حنيفة وأهل البصرة جعلوا الرد وذوي الأرحام أحق من بيت المال لأن الميراث إنما ثبت بالنص ولا نص في توريث الأم أكثر من الثلث ولا في توريث الأخ من الأم أكثر من السدس ولا في توريث أبي الأم وأشباهه من عصبات الأم ولا قياس أيضاً فلا وجه لإثباته.

ووجه قول الخرقي قول النبيّ ﷺ: «ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر» وأولى الرجل به أقارب أمه، وعن عمر رضي الله عنه: أنه ألحق ولد الملاعنة بعصبة أمه وعن علي رضي الله عنه أنه لما رجم المرأة دعا أولياءها فقال: هذا ابنكم ترثونه ولا يرثكم، وإن

جنى جناية فعليكم. حكاه الإمام أحمد عنه. ولأن الأم لو كانت عصبة كأبيه لحجبت إخوته، ولأن مولاها مولى أولادها فيجب أن تكون عصبتها عصبته كالأب فإذا خلف ابن الملاعنة أماً وخالاً فلأمه الثلث بلا خلاف والباقي لخاله لأنه عصبة أمه. وعلى الرواية الأخرى: هو لها كله وهذا قول علي وابن مسعود وأبي حنيفة وموافقيه إلا أن ابن مسعود يعطيها إياه لكونها عصبة والباقون بالرد، وعند زيد الباقي لبيت المال فإن كان معهما مولى أم فلا شيء له عندنا.

وقال زيد ومن وافقه وأبو حنيفة: الباقي له وإن لم يكن لأمه عصبة إلا مولاها فالباقي له على الرواية التي اختارها الخرقي وعلى الأخرى هو للأم وهو قول ابن مسعود لأنها عصبة ابنها فإن لم يخلف إلا أمه فلها الثلث بالفرض والباقي بالرد وهو قول علي وسائر من يرى الرد، وفي الرواية الأخرى: لها الباقي بالتعصيب وإن كان مع الأم عصبة لها فهل يكون الباقي لها أو له؟ على روايتين وإن كان لها عصبات فهو لأقربهم منها على رواية الخرقي فإذا كان معها أبوها وأخوها فهو لأبيها وإن كان مكان أبيها جدها فهو بين أخيها وجدها نصفين، وإن كان معهم ابنها وهو أخوه لأمه فلا شيء لأخيها ويكون لأمه الثلث ولأخيه السدس والباقي لأخيه أو ابن أخيه، وإن خلف أمه وأخاه وأخته فلكل واحد منهم السدس والباقي لأخيه دون أخته وإن خلف ابن أخته وبنت أخته أو خاله وخالته فالباقي للذكر وإن خلف أخته وابن أخته فللأخت السدس والباقي لابن أخته وعلى الرواية الأخرى: الباقي للأم في هذه المواضع.

فصل: ابن ملاعنة مات وترك بنتاً وبنت ابن ومولى أمه الباقي لمولى الأم في قول الجمهور. وقال ابن مسعود: الرد أولى من المولى فإن كان معهم أم فلها السدس وفي الباقي روايتان:

إحداهما: للمولى وهو قول الأكثرين.

والثانية: للأم وهو قول ابن مسعود، فإن لم يكن معهم مولى فالباقي مردود عليهم في إحدى الروايتين والأخرى هو للأم، فإن كان معهم أخ فلا شيء له بالفرض وله الباقي في رواية والأخرى هو للأم. بنت وأخ أو ابن أخ أو خال أو أبو أم أو غيرهم من العصبات للبنت النصف والباقي للعصبة في قول العباسلة، وإن كان معها أخ وأخت أو ابن أخ وأخته أو خال أو خالة فالباقي للذكر وحده في قولهم. وقال أبو حنيفة وأصحابه: المال للبنت بالفرض والرد وروي عن علي عليه السلام: أنه جعل ذا السهم أحق ممن لا سهم له، وأنه ورث من ابن الملاعنة ذوي أرحامه كما لا يرثون من غيره. قال ابن اللبان: وليس هذا محفوظاً عن علي وإنما المشهور عنه قوله لأولياء المرجومة عن ابنها هذا ابنكم ترثونه ولا يرثكم، وإن جنى جناية فعليكم، وفسر القاضي قول أحمد إن لم تكن أم فعصبتها عصبته بتقديم الرد على عصبة الأم كقوله في أخت وابن أخ المال كله للأخت وهذا تفسير للكلام بضد ما يقضيه وحمل اللفظ على

خلاف ظاهره وإنما هـذه الروايـة كمذهب ابن مسعـود ورواية الشعبي عن علـيّ وعبد الله أنهما قـالا: عصبة ابن المـلاعنة أمـه ترث مـاله أجمع فإن لم تكن أم فعصبتهـا عصبته. امـرأة وجدة وأختان وابن أخ للمرأة الربع وللجدة السدس وللأختين الثلث والباقي لابن الأخ في الروايتـين جميعاً. وقال أبو حنيفة: الباقي يرد على الأختين والجدة وهو قول القاضي في الرواية الثانية: أبـو أم وبنت وابن أخ وبنت أخ البـاقي لابن الأخ وحده ويحتمـل أن يكون لأب الأم سـدس بـاقي المال وخمسة أسداسه لابن الأخ، وقال أبو حنيفة: المال بين أم الأم والبنت على أربعـة بالفـرض والرد.

فصل: فإن لم يترك ابن الملاعنة ذا سهم فالمال لعصبة أمه في قول الجماعة وقـد روي ذلك عن علي، وقال أبو حنيفة وأصحابه هـو بين ذوي الأرحـام كميراث غـيره ورووه عن عليّ عليـه السلام وذلك مثـل خال وخـالة وابن أخ وأختـه المال للذكـر، وفي قول أبي حنيفـة هو بينهـما في المسألتين نصفين: خالة لأب وأم وخال لأب المال للخال. وقال أبو حنيفة: هو للخـالة. خـالة وبنت بنت المـال بينهما عـلى أربعة، وإذا لم يخلف ابن المـلاعنة إلا ذا رحم فحكمهم في مـيراثـه كحكمهم في ميراث غيره على ما تقدم شرحه.

فصل: وإذا قسم ميراث الملاعنة ثم أكذب الملاعن نفسه لحقه الـولد ونقضت القسمـة. وقال أبو حنيفة: لا يلحق النسب بعد مـوته إلا أن يكـونا تـوأمين مـات أحدهمـا وأكذب نفسـه والآخر باق فيلحقه نسب الباقي والميت معاً وقد مضى الكلام معه في غير هذا الموضع.

فصل: ولو كان المنفي باللعان توأمين ولهما ابن آخر من الزوج لم ينفه فمات أحد التوأمين فميراث توأمه منه كميراث الآخر في قول الجمهور، وقال مالك: يرثه توأمـه ميراث ابن لأبـوين لأنه أخوه لأبويه بدليل أن الزوج لو أقـر بأحـدهما لحقـه الآخر وهـذا أحد الـوجهين لأصحـاب الشافعي رضي الله عنه.

ولنا: إنهما توأمان لم يثبت لهما أب ينتسبان إليه فأشبها توأمي الزانية ولا خلاف في توأمي الزانية وفارق هذا ما إذا استلحق أحدهما لأنه يثبت باستلحاقه أنه أبوه.

فصـل: قولهم: إن الأم عصبـة ولدهـا أو أن عصبتها عصبـة إنما هـو في الميراث خـاصة كقولنا في الأخوات مع البنات فعلى هـذا لا يعقلون عنه ولا يثبت لهم ولايـة التزويـج ولا غير، وهذا قول الأكثرين وروي عن عليّ رضي الله عنه أنه قال لأولياء المرجومة في ولدها: هذا ابنكم يرثكم ولا ترثونه، وإن جنى فعليكم وروي هذا عن عبد الله وإبراهيم.

ولنا: إنهم إنما ينتسبون إليه بقرابة الأم فلم يعقلوا عنـه ولم يثبت لهم ولاية الـتزويج كـما لو علم أبوه ولا يلزم من التعصيب في الميراث التعصيب في العقل والتزويـج بدليـل الأخوات مـع البنات، فأما إن أعتـق ابن الملاعنة عبداً ثم مات المولى وخلف أم مولاه وأخـا مولاه احتمـل أن

يثبت لهما الإرث بالولاء لأن التعصيب ثابت، وحكي ذلك عن أبي يوسف وهل يكون للأم أو للأخ؟ على الروايتين، ويحتمل أن لا يثبت لهما ميراث لأن النساء لا يرثن من الولاء إلا من أعتقن أو أعتق من أعتقن فكذلك من يدلي بهن وما ذكرناه للاحتمال الأول يبطل بالأخوات مع البنات وبمن عصبهن أخوهن من الإناث.

فصل: في ميراث ابن ابن الملاعنة إذا خلف أمه وأم أبيه وهي الملاعنة فلأمه الثلث والباقي لها بالرد وهذا قول عليّ، وعلى الرواية الأخرى: الباقي لأم أبيه لأنها عصبة أبيه وهذا قول ابن مسعود. ويعايل بها فيقال: جدة ورثت مع أم أكبر منها، وأن خلف جدتيه فالمال بينهما بالفرض والرد على قول علي وفي قول ابن مسعود: السدس بينهما فرضاً وباقي المال لأم أبيه. أم أم وخال أب لأم الأم السدس، وفي الباقي القولان. **أحدهما**: أنه لها بالرد. **والثاني**: لخال الأب وفي قول عليّ الكل للجدة. خال وعم وخال أب وأبو أم أب المال للعم لأنه أبو الملاعنة فإن لم يكن عم فلأبي أم الأب لأنه أبوها فإن لم يكن فلخال الأب فإن لم يكن فللخال لأنه ذو رحمه: بنت وعم للبنت النصف والباقي للعم، وفي قول عليّ الكل للبنت لأنه يقدم الرد على توريث عصبة أمه. بنت وأم وخال المال بين البنت والأم على أربعة بالفرض والرد ولا شيء للخال لأنه ليس بعصبة الملاعنة، ولو كان بدل الخال خال أب كان الباقي له لأنه عصبة الملاعنة، فأما ابن ابن ابن الملاعنة فإذا خلف عمه وعم أبيه فالمال لعمه لأنه عصبته وهذا ينبغي أن يكون إجماعاً، وقد قال بعض الناس: يحتمل أن يكون عم الأب أولى لأنه ابن الملاعنة وهذا غلط بين لأن العصبات إنما يعتبر أقربهم من الميت لا من آبائه، وإن خلف ثلاث جدات متحاذيات فالسدس بينهن والباقي رد عليهن في إحدى الروايتين وهو قول عليّ. وفي الثانية: لأم أبي أبيه وهو قول ابن مسعود، وإن خلف أمه وجدته وجدة أبيه فلأمه الثلث ولا شيء لجدته، وفي الباقي روايتان. **إحداهما**: يرد على الأم. **والثانية**: لجدة أبيه، وإن خلف خاله وخال أبيه وخال جده فالمال لخال جده فإن لم يكن فلخاله ولا شيء لخال أبيه. فأما ولد بنت الملاعنة فليست الملاعنة عصبة لهم في قول الجميع لأن لهم نسباً معروفاً من جهة أبيهم وهو زوج بنت الملاعنة، ولو أعتقت بنت الملاعنة عبداً ثم ماتت ثم مات المولى وخلف أم مولاته ورثت مال المولى لأنها عصبة لبنتها والبنت عصبة لمولاها في أحد الوجهين وقد ذكرناهما في ابن الملاعنة.

فصل: والحكم في ميراث ولد الزنا في جميع ما ذكرنا كالحكم في ولد الملاعنة على ما ذكرنا من الأقوال والاختلاف إلا أن الحسن بن صالح قال: عصبة ولد الزنا سائر المسلمين لأن أمه ليست فراشاً بخلاف ولد الملاعنة والجمهور على التسوية بينهما لانقطاع نسب كل واحد منهما من أبيه إلا أن ولد الملاعنة يلحق الملاعن إذا استلحقه وولد الزنا لا يلحق الزاني في قول الجمهور، وقال الحسن وابن سيرين يلحق الواطىء، إذا أقيم عليه الحد ويرثه، وقال إبراهيم: يلحقه إذا

جلد الحد أو ملك الموطوءة، وقال إسحاق: يلحقه، وذكر عن عروة وسليمان بن يسار نحوه وروى علي بن عاصم عن أبي حنيفة أنه قال: لا أرى بأساً إذا زنا الرجل بالمرأة فحملت منه أن يتزوجها مع حملها ويستر عليها والولد ولد له وأجمعوا على أنه إذا ولد على فراش رجل فادعاه آخر أنه لا يلحقه وإنما الخلاف فيما إذا ولد على غير فراش.

ولنا: قول النبيّ ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر» ولأنه لا يلحق به إذا لم يستلحقه فلم يلحق به بحال كما لو كانت أمه فراشاً أو كما لو لم يجلد الحد عند من اعتبره.

مسألة: قال: (والعبد لا يرث ولا مال له فيورث عنه).

لا نعلم خلافاً في أن العبد لا يرث إلا ما روي عن ابن مسعود في رجل مات وترك أباً مملوكاً يشتري من ماله ثم يعتق فيرث وقاله الحسن وحكي عن طاوس: أن العبد يرث ويكون ما ورثه لسيده ككسبه وكما لو وصى له ولأنه تصح الوصية له فيرث الحمل.

ولنا: إن فيه نقصاً منع كونه موروثاً فمنع كونه وارثاً كالمرتد ويفارق الوصية فإنها تصح لمولاه ولا ميراث له وقياسهم ينتقض بمختلفي الدين. وقول ابن مسعود: لا يصح لأن الأب رقيق حين موت ابنه فلم يرثه كسائر الأقارب وذلك لأن الميراث صار لأهله بالموت فلم ينتقل عنهم إلى غيرهم. وأجمعوا على أن المملوك لا يورث وذلك لأنه لا مال له فيورث فإنه لا يملك ومن قال إنه يملك بالتمليك فملكه ناقص غير مستقر يزول إلى سيده بزوال ملكه عن رقبته بدليل قوله عليه السلام: «من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع» ولأن السيد أحق بمنافعه وأكسابه في حياته فكذلك بعد مماته وممن روي عنه أن العبد لا يرث ولا يورث ولا يحجب علي وزيد وبه قال الثوري ومالك والشافعي وإسحاق رضي الله عنه وأصحاب الرأي.

فصل: ويرث الأسير الذي مع الكفار إذا علمت حياته في قول عامة الفقهاء إلا سعيد بن المسيب فإنه قال: لا يرث لأنه عبد، وليس بصحيح لأن الكفار لا يملكون الأحرار بالقهر فهو باق على حريته فيرث كالمطلق.

فصل: والمدبر وأم الولد كالقن لأنهم رقيق بدليل أن النبيّ ﷺ باع مدبراً. وأم الولد مملوكة يجوز لسيدها وطؤها بحكم الملك وتزويجها وإجارتها، وحكمها حكم الأمة في جميع أحكامها إلا فيما ينقل الملك فيها أو يراد له كالرهن.

فصل: فأما المكاتب فإن لم يملك قدر ما عليه فهو عبد لا يرث ولا يورث وإن ملك قدر ما يؤدي ففيه روايتان:

إحداهما: أنه عبد ما بقي عليه درهم لا يرث ولا يورث يروى ذلك عن عمر وزيد بن ثابت وابن عمر وعائشة وأم سلمة وعمر بن عبد العزيز والشافعي رضي الله عنه وأبي ثور، وعن

ابن المسيب وشريح والزهري ونحوه لما روى أبو داود بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبيّ ﷺ قال: «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم»، وفي لفظ أن النبيّ ﷺ قال: «أيما عبد كاتب على مائة أوقية فأداها إلا عشر أواق فهو عبد، وأيما عبد كاتب على مائة دينار فأداها إلا عشرة دنانير فهو عبد» وعن محمد بن المنكدر وعمر بن عبد الله مولى غفرة وعبد الله بن عبدة أن النبيّ ﷺ قال لعتاب بن أسيد: «من كاتب مكاتباً فهو أحق به حتى يقضي كتابته».

وقال القاضي وأبو الخطاب: إذا أدى المكاتب ثلاثة أرباع كتابته وعجز عن الربع عتق لأن ذلك يجب إيفاؤه للمكاتب فلا يجوز إبقاؤه على الرق لعجزه عما يجب رده إليه.

والرواية الثانية: أنه إذا ملك ما يؤدي فقد صار حراً يرث ويورث فإذا مات له من يرثه ورث وإن مات فلسيده بقية كتابته والباقي لورثته لما روى أبو داود بإسناده عن أم سلمة قالت: قال لنا رسول الله ﷺ: «إذا كان لإحداكن مكاتب وكان عنده ما يؤدي فلتحتجب منه».

وروى الحكم عن علي وابن مسعود وشريح يعطي سيده من تركته ما بقي من كتابته. فإن فضل شيء كان لورثة المكاتب، وروي نحوه عن الزهري وبه قال ابن المسيب وأبو سلمة بن عبد الرحمن والنخعي والشعبي والحسن ومنصور ومالك وأبو حنيفة غير أن مالكاً جعل من كان معه في كتابته أحق ممن لم يكن معه. قال في مكاتب: هلك وله أخ معه في الكتابة وله ابن قال: ما فضل من كتابته لأخيه دون ابنه. وجعله أبو حنيفة عبداً ما دام حياً فإذا مات أدى من تركته باقي كتابته والباقي لورثته، وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال على المنبر: إنكم مكاتبون فأيهم أدى النصف فلا رق عليه. وعن علي عليه السلام: إذا أدى النصف فهو حر وعن عروة ونحوه، وعن الحسن: إذا أدى الشطر فهو غريم. وعن ابن مسعود وشريح نحوه، وعن ابن مسعود: إذا أدى ثلثاً أو ربعاً فهو غريم، وعن ابن عباس: إذا كتب الصحيفة فهو غريم.

وعن علي رضي الله عنه قال: تجري العتاقة في المكاتب في أول نجم. يعني يعتق منه بقدر ما أدى وعنه أنه قال: يرث ويحجب ويعتق منه بقدر ما أدى. وقد روى حماد بن سلمة عن أيوب عن عكرمة عن ابن عباس عن النبيّ ﷺ قال: «إذا أصاب المكاتب حداً أو ميراثاً ورث بحساب ما أعتق منه وأقيم عليه الحد بحساب ما عتق منه» وفي رواية: «يؤدي المكاتب بقدر ما عتق منه دية الحر وقدر ما رق منه دية العبد» قال يحيى بن أبي كثير وكان علي ومروان بن الحكم يقولان ذلك. وقد روي حديث ابن عباس عن عكرمة عن النبيّ ﷺ مرسلاً والحديث الذي رويناه لقولنا أصح منه ولا أعلم أحداً من الفقهاء قال بهذا وما ذكرناه أولاً أولى والله أعلم.

مسألة: قال: (ومن بعضه حر يرث ويورث ويحجب على مقدار ما فيه من الحرية).

وجملته: أن المعتق بعضه إذا كسب مالاً ثم مات وخلفه نظر فيه فإن كان كسبه بجزئه الحر مثل: إن كان قد هيأ سيده على منفعته فاكتسب في أيامه أو ورث شيئاً فإن الميراث إنما يستحقه بجزئه الحر أو كان قد قاسم سيده في حياته فتركته كلها لورثته لا حق لمالك باقيه فيها وقال قوم: جميع ما خلفه بينه وبين سيده قال ابن اللبان: هذا غلط، لأن الشريك إذا استوفى حقه من كسبه مرة لم يبق له حق في الباقي ولا سبيل له على ما كسبه بنصفه الحر كما لو كان بين شريكين فاقتسما كسبه لم يكن لأحدهما حق في حصة الآخر والعبد يخلف أحد الشريكين فيم عتق منه، فأما إن لم يكن كسبه بجزئه الحر خاصة ولا اقتسما كسبه فلمالك باقيه من تركته بقدر ملكه فيه والباقي لورثته، وإن مات له من يرثه فإنه يرث ويورث ويحجب على قدر ما فيه من الحرية وهذا قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه قال عثمان البتي وحمزة الزيات وابن المبارك والمزني وأهل الظاهر وقال زيد بن ثابت: لا يرث ولا يورث وأحكامه أحكام العبد، وبه قال مالك والشافعي رضي الله عنهما في القديم جعلا ماله لمالك باقيه قال ابن اللبان: هذا غلط، لأنه ليس لمالك باقيه على ما عتق منه ملك ولا ولاء ولا هو ذو رحم قال ابن شريح: يحتمل على قول الشافعي رضي الله عنه القديم: أن يجعل في بيت المال لأنه لا حق له فيما كسبه بجزئه الحر وقال الشافعي في الجديد: ما كسبه بجزئه الحر لورثته ولا يرث هو ممن مات شيئاً وبه قال طاوس وعمرو بن دينار وأبو ثور وقال ابن عباس: هو كالحر في جميع أحكامه في توريثه والإرث منه وغيرهما وبه قال الحسن وجابر بن زيد والشعبي والنخعي والحكم وحماد وابن أبي ليلى والثوري وأبو يوسف ومحمد واللؤلؤي ويحيى بن آدم وداود، وقال أبو حنيفة: إن كان الذي لم يعتق استسعى العبد فله من تركته سعايته وله نصف ولائه وإن كان أغرم الشريك فولاؤه كله للذي أعتق بعضه.

ولنا: ما روى عبد الله بن أحمد حدثنا الرملي عن يزيد بن هارون عن عكرمة عن ابن عباس أن النبيّ ﷺ قال في العبد يعتق بعضه: «يرث ويورث على قدر ما عتق منه» ولأنه يجب أن يثبت لكل بعض حكمه كما لو كان الآخر مثله وقياساً لأحدهما على الآخر.

إذا ثبت هذا: فالتفريع على قولنا. لأن العمل على غيره واضح. وكيفية توريثه أن يعطى من له فرض بقدر ما فيه من الحرية من فرضه، وإن كان عصبة نظر ماله مع الحرية الكاملة فأعطي بقدر ما فيه منها، وإن كانا عصبتين لا يحجب أحدهما الآخر كابنين نصفهما حر ففيه وجهان:

أحدهما: تكمل الحرية فيهما بأن تضم الحرية من أحدهما إلى ما في الآخر منها فإن كمل منهما واحد ورثا جميعاً ميراث ابن حر لأن نصفي شيء شيء كامل، ثم يقسم ما ورثاه بينهما على قدر ما في كل واحد منهما فإذا كان ثلثا أحدهما حراً وثلث الآخر حراً كان ما ورثاه بينهما أثلاثاً

وإن نقص ما فيهما من الحرية عن حر كامل ورثا بقدر ما فيهما، وإن زاد على حر واحد وكان الجزآن فيهما سواء قسم ما يرثانه بينهما بالسوية، وإن اختلفا أعطي كل واحد منهما بقدر ما فيه قال الخبري قال الأكثرون: هذا قياس قول علي رضي الله عنه.

والوجه الآخر: لا تكمل الحرية فيهما لأنها لو كملت لم يظهر للرق أثر وكانا في ميراثهما كالحرين، وإن كان أحدهما يحجب الآخر فقد قيل فيهما وجهان أيضاً، والصحيح أن الحرية لا تكمل هاهنا. لأن الشيء لا يكمل بما يسقطه ولا يجمع بينه وبين ما ينافيه وورثه بعضهم بالخطاب وتنزيل الأحوال وحجب بعضهم ببعض على مثال تنزيل الخطاب. وقال أبو يوسف بمعناه. ومسائل ذلك: ابن نصفه حر له نصف المال فإن كان معه ابن آخر نصفه حر فلهما المال في أحد الوجهين. وفي الآخر: لهما نصفه والباقي للعصبة أو لبيت المال إن لم تكن عصبة ويحتمل أن يكون لكل واحد منهما ثلاثة أثمان المال لأنهما لو كانا حرين لكان لكل واحد منهما النصف ولو كانا رقيقين لم يكن لهما شيء ولو كان الأكبر وحده حراً كان له المال ولا شيء للأصغر ولو كان الأصغر وحده حراً كان له كذلك ولكل واحد منهما في الأربعة أحوال مال ونصف فله ربع ذلك وهو ثلاثة أثمان فإن كان معهما ابن آخر ثلثه حر فعلى الوجه الأول ينقسم المال بينهم على ثمانية كما تقسم مسألة المباهلة وعلى الثاني يقسم النصف بينهم على ثمانية.

وفيه وجه آخر: يقسم الثلث بينهم أثلاثاً ثم يقسم السدس بين صاحبي النصفين نصفين، وعلى تنزيل الأحوال يحتمل أن يكون لكل واحد ممن نصفه حر سدس المال وثمنه ولمن ثلثه حر ثلثا ذلك وهو تسع المال ونصف سدسه لأن لكل واحد المال في حال ونصفه في حالين وثلثه في حال فيكون له مالان وثلث في ثمانية أحوال فنعطيه ثمن ذلك وهو سدس وثمن ويعطى من ثلثه حر ثلثيه وهو تسع ونصف سدس. ابن حر وابن نصفه حر المال بينهما على ثلاثة على الوجه الأول وعلى الثاني النصف بينهما نصفان والباقي للحر فيكون للحر ثلاثة أرباع وللآخر الربع، ولو نزلتهما بالأحوال اقضي إلى هذا لأن للحر المال في حال ونصفه في حال فله نصفهما وهو ثلاثة أرباع وللآخر نصفه في حال فله نصف ذلك وهو الربع، ولو خاطبتهما لقلت للحر: لك المال لو كان أخوك رقيقاً، ونصفه لو كان حراً فقد حجبك بحريته عن النصف فنصفها يحجبك عن الربع يبقى لك ثلاثة أرباع ويقال للآخر: لك النصف لو كنت حراً، فإذا كان نصفك حراً فلك نصفه وهو الربع، ابن ثلثاه حر وابن ثلثه حر على الأول المال بينهما أثلاثاً وعلى الثاني الثلث بينهما وللآخر ثلث فيكون له النصف وللآخر السدس وقيل: الثلثان بينهما أثلاثاً وبالخطاب تقول لمن ثلثاه حر: لو كنت وحدك حراً كان المال لك ولو كنتما حرين كان لك النصف فقد حجبك بحريته عن النصف فثلثيها يحجبك عن السدس يبقى لك خمسة أسدس، لو كنت حراً فلك بثلثي حريته خمسة أتساع. ويقال للآخر: يحجبك أخوك بثلثي حريته عن ثلثي النصف وهو الثلث يبقى لك الثلثان فلك بثلث حريتهم ثلث ذلك وهو التسعان ويبقى

التسعان للعصبة إن كان أو ذي رحم فإن لم يكن ففي بيت المال ابن حر وبنت نصفها حر للابن خمسة أسداس المال وللبنت سدسه في الخطاب والتنزيل جميعاً ومن جمع الحرية أفضى قوله: إلى أن له أربعة أخماس المال ولها الخمس فإن كانت بنت حرة وابن نصفه حر وعصبة فللابن الثلث ولها ربع وسدس ومن جمع الحرية فيهما جعل المال بينهما نصفين ابن وبنت نصفهما حر وعصبة فمن جمع الحرية فثلاثة أرباع المال بينهما على ثلاثة. وقال بعض البصريين: النصف بينهما على ثلاثة ومن ورث بالتنزيل والأحوال قال: للابن المال في حال وثلثاه في حال فله ربع ذلك ربع وسدس وللبنت نصف ذلك ثمن ونصف سدس والباقي للعصبة وإن شئت قلت: إن قدرناهما حرين فهي من ثلاثة وإن قدرنا البنت وحدها حرة فهي من اثنين وإن قدرنا الابن وحده حراً فالمال له وإن قدرناهما رقيقين فالمال للعصبة فتضرب اثنين في ثلاثة تكن ستة ثم في أربعة أحوال تكن أربعة وعشرين فللابن المال في حال ستة وثلثاه في حال أربعة صار له عشرة وللبنت النصف في حال والثلث في حال خمسة وللعصبة المال في حال ونصفه في حال تسعة فإن لم تكن عصبة جعلت للبنت في حال حريتها المال كله بالفرض والرد فيكون لها مال وثلث فتجعل لها ربع ذلك وهو الثلث، فإن كان معها امرأة وأم حرتان كملت الحرية فيهما فحجبا الأم إلى السدس والمرأة إلى الثمن لأن كل واحد منهما لو انفرد لحجب نصف الحجب فإذا اجتمعا اجتمع الحجب، ومن ورث بالأحوال والتنزيل قال: للأم السدس في ثلاثة أحوال والثلث في حال فلها ربع ذلك وهو سدس وثلث وثمن وللمرأة الثمن في ثلاثة أحوال والربع في حال فلها ربع ذلك وهو الثمن وربع الثمن وللابن الباقي في حال وثلثاه في حال فله ربعه وللبنت ثلث الباقي في حال والنصف في حال فلها ربعه، وإن لم يكن في المسألة عصبة فللبنت بالفرض والرد أحد وعشرون من اثنين وثلاثين مكان النصف وللأم سبعة مكان السدس وتصح المسألة إذا لم يكن فيها رد بالبسط من مائتين وثمانية وثمانين سهماً للأم منها ستون وللمرأة خمسة وأربعون وللابن خمسة وثمانون وللبنت ثلاثة وخمسون والباقي للعصبة، وقياس قول من جمع الحرية في الحجب أن يجمع الحرية في التوريث فيجعل لهما ثلاثة أرباع الباقي.

وقال ابن اللبان: لهما ستة عشر من ثمانية وأربعين لأنهما لو كانا حرين لكان لهما سبعة عشر من أربعة وعشرين فيكون لهما بنصف حريتهم نصف ذلك وهذا غلط. لأنه جعل حجب كل واحد منهما لصاحبه بنصف حريته كحجبه إياه بجميعها ولو ساغ هذا لكان لهم حال انفرادهما النصف بينهم من غير زيادة. ابن وأبوان نصف كل واحد منهم حر إن قدرناهم أحراراً فللابن الثلثان وإن قدرناه حراً وحده فله المال وإن قدرنا معه أحد الأبوين حراً فله خمسة أسداس فتجمع ذلك تجده ثلاثة أموال وثلثان فله ثمنها وهو ربع سدس وللأب المال في حال، وثلثاه في حال وسدساه في حالين فله ثمن ذلك ربع وللأم الثلث في حالين والسدس في حالين فلها الثمن والباقي للعصبة، وإن عملتها بالبسط قلت: إن قدرناهم أحراراً فهي من ستة وإن

قدرنا الابن وحده حراً فهي من سهم فكذلك الأب وإن قدرنا الأم وحدها حرة أو قدرناها مع حرية الأب فهي من ثلاثة وإن قدرنا الابن مع الأب أو مع الأم فهي من ستة وإن قدرناهم رقيقاً فالمال للعصبة وجميع المسائل تدخل في ستة فتضربها في الأحوال وهي ثمانية تكن ثمانية وأربعين وللابن المال في حال ستةوثلثاً في حال أربعة وخمسة أسداسه في حالين عشرة فذلك عشرون سهماً من ثمانية وأربعين وللأب المال في حال ستة وثلثاه في حال وسدساه في حالين وذلك اثنا عشر وللأم الثلث في حالين والسدس في حالين وذلك ستة وهي الثمن وإن كان ثلث كل واحد منهم حراً زدت على الستة نصفها تصير تسعة وتضربها في الثمانية تكن اثنين وسبعين فللابن عشرون من اثنين وسبعين وهي السدس والتسع وللأب اثنا عشر وهي السدس وللأم ستة وهي نصف السدس ولا تتغير سهامهم وإنما صارت منسوبة إلى اثنين وسبعين وإن كان ربع كل واحد منهم حراً زدت على الستة مثلها وقيل: فيما إذا كان نصف كل واحد منهم حراً للأم الثمن وللأب الربع وللابن النصف، ابن نصفه حر وأم حرة للأم الربع وللابن النصف وقيل: له ثلاثة أثمان وهو نصف ما يبقى فإن كان بدل الأم أختاً حرة فلها النصف وقيل: لها نصف الباقي لأن الابن يحجبها بنصفه عن نصف فرضها، فإن كان نصفها حراً فلها الثمن على هذا القول وعلى الأول لها الربع، وإن كان مع الابن أخت من أم أو أخ من أم فلكل واحد منهما نصف السدس وإن كان معه عصبة حر فله الباقي كله.

فصل: ابن نصفه حر وابن ابن حر المال بينهما في قول الجميع إلا الثوري قال: لابن الابن الربع لأنه محجوب بنصف الابن عن الربع فإن كان نصف الثاني حراً فله الربع فإن كان معهما ابن ابن ابن نصفه حر فله الثمن وقيل: للأعلى النصف وللثاني النصف ولأن فيهما حرية ابن وهذا قول أبي بكر وقال سفيان: لا شيء للثاني والثالث لأن ما فيهما من الحرية محجوب بحرية الابن فإن كان معهم أخ حراً أو غيره من العصبات فله الباقي وإن كان نصفه حراً فله نصف ما بقي إلا على القولين الآخرين ابن نصفه حر وابن ابن ثلثه حر وأخ ثلاثة أرباعه حر للأعلى النصف وللثاني ثلث الباقي وهو السدس وللأخ ثلاثة أرباع الباقي وهو الربع وعلى القول الآخر للابن النصف ولابن الابن الثلث والباقي للأخ ثلاثة إخوة مفترقين نصف كل واحد حر للأخ من الأم نصف السدس وللأخ من الأبوين نصف الباقي وللأخ من الأب نصف الباقي وتصح من ثمانية وأربعين للأخ من الأم أربعة وللأخ من الأبوين اثنان وعشرون وللأخ من الأب أحد عشر وعلى القول الآخر للأخ من الأم نصف السدس وللأخ من الأبوين النصف وللأخ من الأب ما بقي فإن كان معهم بنت حرة فلها النصف ولا شيء للأخ من الأم وللأخ من الأبوين الربع وللأخ من الأب الثمن والباقي للعصبة وعلى القول الآخر الباقي للأخ من الأبوين وحده فإن كان نصف البنت حراً فلها الربع وللأخ من الأم ربع السدس وللأخ من الأبوين نصف الباقي وللأخ من الأب نصف الباقي.

فصــل: بنت نصفها حـر لها الـربع والبـاقي للعصبـة فـإن لم يكن عصبـة فلهـا النصـف بالفرض والرد والباقي لذوي الرحم فإن لم يكن فلبيت المال فإن كان معهـا أم حرة فلهـا الربـع لأن البنت الحرة تحجبها عن السدس فنصفها يحجبها عن نصفه وإن كان معها امـرأة فلها الثمن ونصف الثمن وإن كان معها أخ من أم فله نصف السـدس وإن كان معهـا بنت ابن فلها الثلث لأنها لو كانت كلها أمة لكان لبنت الابن النصف ولو كانت حرة لكان لها السدس فقد حجبتهـا حريتها عن الثلث فنصفها يحجبها عن السـدس وكل من ذكـرنا إذا كـان نصفه حـراً فله نصف ماله في الحرية وإن كان ثلثه حراً فله ثلثه وإن كـان معها بنت أخـرى حرة فلهـا ربع المـال وثلثه بينهما على ثلاثة عند من جمع الحرية فيهما لأن لهما بحرية نصفاً وبنصف حرية نصف كمال الثلثين وفي الخطاب والتنزيل للحرة ربع وسدس ولـلأخرى سـدس لأن نصف إحداهمـا يحجب الحرة عن نصف السدس فيبقى لها ربع وسدس والحرة تحجبها عن سدس كامل فيبقى لها سدس فإن كان نصفهما رقيقاً ومعهما عصبة فلهما ربـع المال وسـدسه بينهـما لأنهما لو كـانتا حـرتين كـان لهما الثلثان ولو كانت الكبرى وحدها حرة كان لها النصف وكذلـك الصغرى ولـو كانتـا أمتين كـان المال للعصبة فقد كان لهما مال وثلثـان فلهما ربـع ذلك وهـو ربع وسـدس وطريقهـا بالبسط أن تقول: ولو كانتا حرتين فالمسألة من ثلاثة وإن كانت الكبرى وحدها حرة فهي من اثنين وكذلك إذا كانت الصغرى وحدها حـرة، وإن كانتـا أمتين فهي من سهم فتضرب اثـنين في ثلاثـة تكن ستة ثم للكبرى نصف المال في حال ثلاثة وثلثـه في حال سهـمان في الأحوال الأربعـة تكن أربعة وعشرين صار لها خمسة من أربعة وعشرين وللأخرى مثل ذلك وللعصبة المال في حال والنصف في حالين والثلث في حال ذلك أربعة عشر سهماً من أربعة وعشرين ومن جمع الحرية فيهـما جعل لهما النصف والباقي للعصبـة وإذا لم يكن عصبة نـزلتهما عـلى تقديـر الرد فيكـون حكمها حكم اثنين نصف كل واحد منهما حر على مـا قلناه ثـلاث بنات ابن متنـازلات نصف كل واحـدة حر وعصبة للأولى الربع وللثانية السدس لأنها لو كانت حرة كان لها الثلث وللثالثة نصف السـدس على قول البصريـين لأنك تقول للسفلى: لو كانتا أمتين كان لك النصف ولو كانت إحداهما حرة كان لك السدس فبينهما ثلث فتحجبـك العلياء عن ربـع والثانيـة عن نصف سدس فيبقى لـك سدس لو كنت حرة فإذا كـان نصفك حـراً كان لـك نصفه، وفي التنـزيل للثـالثة نصف الثمن وثلثه وذلك لأننا لو نزلنا كل واحدة حرة وحدهـا كان لهـا النصف فهذه ثـلاثة أحـوال من ابنين اثنين ولو كن إماء كان المال للعصبة ولو كن أحراراً كان للأولى النصف وللثانية السدس والثلث للعصبة ولو كانت الأولى والثانية حرتين فكذلك ولو كانت الثانية والثالثة حرتين فللثانية النصف وللثالثة السدس والثلث للعصبة فهذه أربعة أحوال من ستة. والمسائل كلها تدخل فيها فتضربها في ثمانية أحوال تكن ثمانية وأربعين للعليا النصف في أربعة أحوال اثنا عشر وهي الربع وللثـانية النصف في حالين والسدس في حالين وهي ثمانيـة وذلك هـو السدس وللثـالثة النصف في حـال

والسدس في حالين وهو خمسة وهي نصف الثمن وثلثه، وقال قوم: تجمع الحرية فيهن فيكون فيهن حرية ونصف لهن بها ثلث وربع للأولى وللثانية ربعان وللثالثة نصف سدس فإن كان معهن رابعة كان لها سدس ونصف آخر، ثلاث أخوات مفترقات نصف كل واحدة حر وأم حرة وعم للتي من قبل الأبوين الربع وللتي من قبل الأب السدس وللتي من قبل الأم نصف السدس، وللأم الثلث لأنها لا تحجب إلا باثنين من الإخوة والأخوات ولم تكمل الحرية في اثنين وللعم ما بقي وهكذا لو كانت أخت حرة وأخرى نصفها حر وأم حرة فللأم الثلث لما ذكرناه. وقال الخبري: للأم الربع وحجبها بالجزء كما تحجب بنصف البنت والفرق بينهما أن الحجب بالولد غير مقدر بل هو مطلق في الولد والجزء من الولد، وفي الإخوة مقدر باثنين فلا يثبت بأقل منهما ولذلك لم تحجب بالواحد عن شيء أصلاً وهذا قول ابن اللبان وحكي القول الأول عن الشعبي وقال: هذا غلط وفي الباب اختلاف كثير وفروع قل ما تتفق وقل ما تجيء مسألة إلا ويمكن عملها بقياس ما ذكرناه.

مسألة: قال: (وإذا مات وخلف ابنين فأقر أحدهما بأخ فله ثلث ما في يده وإن أقر بأخت فلها خمس ما في يده).

قد ذكرنا في باب الإقرار من يثبت النسب بقوله ومن لا يثبت ونذكر هاهنا ما يستحق المقر به من الميراث إذا لم يثبت نسبه فنقول: إذا أقر بعض الورثة لمشارك في الميراث فلم يثبت نسبه لزم المقر أن يدفع إليه فضل ما في يده عن ميراثه وهذا قول مالك والأوزاعي والثوري وابن أبي ليلى والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم ووكيع وإسحاق وأبي عبيد وأبي ثور وأهل البصرة، وقال النخعي وحماد وأبو حنيفة وأصحابه: يقاسمه ما في يده لأنه يقول: أنا وأنت سواء في ميراث أبينا وكان ما أخذه المنكر تلف أو أخذته يد عادية فيستوي فيما بقي، وقال الشافعي رضي الله عنه وداود: لا يلزمه في الظاهر دفع شيء إليه وهل يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى؟ على قولين: أصحهما لا يلزمه لأنه لا يرث من لا يثبت نسبه وعلى قول الذي يلزمه دفع شيء إليه ففي قدره وجهان كالمذهبين المتقدمين.

ولنا: على الشافعي رضي الله عنه أنه أقر بحق لمدعيه يمكن صدقه فيه ويد المقر عليه وهو متمكن من دفعه إليه فيلزمه ذلك كما لو أقر بمعين ولأنه إذا علم أن هذا أخوه فله ثلث التركة ويتعين استحقاقه لها وفي يده بعضه وصاحبه يطلبه فلزمه دفعه إليه وحرم عليه منعه منه كما في سائر المواضع وعدم ثبوت نسبه في الظاهر لا يمنع وجوب دفعه إليه كما لو غصبه شيئاً ولم تقم البينة بغصبه.

ولنا: على أبي حنيفة أنه أقر له بالفاضل عن ميراثه فلم يلزمه أكثر مما أقر به كما لو أقر له بشيء معين ولأنه حق يتعلق بمحل مشترك بإقرار أحد الشريكين فلم يلزمه أكثر من قسطه كما لو

أقر أحد الشريكين على العبد بجناية فعلى هذا إذا خلف ابنين فأقر أحدهما بأخ فللمقر لـه ثلث ما في يد المقر وهو سدس المال لأنه يقول: نحن ثلاثة لكل واحد منا الثلث وفي يدي النصف ففضل في يدي لك السدس فيدفعه إليه وهو ثلث ما في يده. وفي قول أبي حنيفة يدفع إليه نصف ما في يده وهو الربع وإن أقر بأخت دفع إليها خمس ما في يده لأنه يقول: نحن أخوان وأخت فلك الخمس من جميع المال وهو خمس ما في يدي وخمس ما في يد أخي فيدفع إليها خمس ما في يده وفي قولهم: يدفع إليها ثلث ما في يده.

فصل: وإن أقر جميع الورثة بوارث أو أقر به الميت ليثبت نسبه منه ثبت نسبه سواء كان الورثة واحداً أو جماعة وبهذا قال النخعي والشافعي رضي الله عنه، وقال أبو حنيفة ومالك وابن أبي ليلى والحسن بن صالح لا يثبت نسبه، والمشهور عن أبي يوسف أنه لا يثبت النسب إلا بإقرار ابنين ذكرين كانا أو أنثيين عدلين أو غير عدلين ونحوه عن مالك، وروى ابن اللبان قال: أشعث بن سوار عن رجل من أهل المدينة قال: جاء رجل وأخته إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه ومعهما صبي فقالا: هذا أخونا فقال: لا ألحق بأبيكما من لم يقر به.

ولنا: إن عبد الله بن ربيعة ادعى نسب ولد وليدة أبيه وقال: هذا أخي ولد على فراش أبي، فقبل النبيّ ﷺ قوله وأثبت النسب به، ولأن الوارث يقوم مقام موروثه بدليل أنه يثبت باعترافه ما يثبت باعتراف الموروث على نفسه من الدين وغيره كذا النسب، ولأن الوارث يخلف الموروث في حقوقه وهذا منها. ولا خلاف بينهم في وجوب دفع ميراثه إليه إلا أن يكون المقر به يسقط المقر كأخ يقر بابن أو ابن ابن أو أخ من أب يقر بأخ من أبوين فإن الشافعي في ظاهر مذهبه أثبت النسب ولم يورثه لئلا يكون إقراراً من غير وارث فثبوت ميراثه يفضي إلى سقوط نسبه وميراثه.

ولنا: إنه إقرار من كل الورثة يثبت به النسب بمن يرث لو ثبت نسبه بغير إقراره فيجب أن يرث كما لو لم يسقطه، ولأنه ابن ثابت النسب لم يمنع إرثه مانع متفق عليه أشبه ما لو ثبت ببينة والاعتبار بكونه وارثاً حالة الإقرار أو بكونه وارثاً لولا الإقرار بدليل أنه لو اعتبر الحال الثاني لم يثبت النسب إذا أقر بمشارك في الميراث لأنه يكون إقراراً من بعض الورثة، فإن قالوا: إنما ثبت لأن المقر به أيضاً مقر بنفسه مدع لنسبه، قلنا: وهاهنا مثله فاستويا.

فصل: إذا خلف ابناً واحداً فأقر بأخ من أبيه دفع إليه نصف ما في يده في قول الجميع فإن أقر بعد بآخر فاتفقا عليه دفعا إليه ثلث ما في أيديهما في قول الجميع فإن أنكر المقر به ثانياً المقر به الأول لم يثبت نسبه، قال القاضي: هذا مثل للعامة تقول: أدخلني أخرجك، وليس له أن يأخذ أكثر من ثلث ما في أيديهما لأنه لم يقر له بأكثر منه.

وقال الشافعي رضي الله عنه: يلزم المقر أن يغرم له نصف التركة لأنه أتلفه عليه بإقراره الأول، ويحتمل أن لا يبطل نسب الأول لأنه ثبت بقول من هو كل الورثة حال الإقرار. فإن لم يصدق به الأول بالثاني لم يثبت نسبه ويدفع إليه المقر ثلث ما بقي في يده لأنه الفضل الذي في يده. ويحتمل أن يلزمه دفع ثلث جميع المال لأنه فوته عليه بدفع النصف إلى الأول وهو يقر أنه لا يستحق إلا الثلث وسواء دفعه إليه بحكم الحاكم أو بغير حكمه لأن إقراره علة حكم الحاكم وسواء علم بالحال عند إقراره الأول أو لم يعلم لأن العمد والخطأ واحد في ضمان ما يتلف وحكي نحو هذا عن شريك، ويحتمل أنه إن علم بالثاني حين أقر بالأول وعلم أنه إذا أقر به بعد الأول لا يقبل ضمن لتفويته حق غيره بتفريطه، وإن لم يعلم لم يضمن لأنه لم يجب عليه الإقرار بالأول إذا علمه ولا يحوجه إلى حاكم، ومن فعل الواجب فقد أحسن وليس بخائن فلا يضمن، وقيل: هذا قياس قول الشافعي.

وقال أبو حنيفة: إن كان الدفع بحكم حاكم دفع إلى الثاني نصف ما بقي في يده لأن حكم الحاكم كالأخذ منه كرهاً، وإن دفعه بغير حاكم دفع إلى الثاني ثلث جميع المال لأنه دفع إلى الأول ما ليس له تبرعاً. ولنا على الأول: إنه أقر بما يجب عليه الإقرار به فلم يضمن ما تلف به كما لو قطع الإمام يد السارق فسرى إلى نفسه وإن أقر بعدهما بثالث فصدقاه ثبت نسبه وأخذ ربع ما في يد كل واحد منهم إذا كان مع كل واحد ثلث المال. وإن كذباه لم يثبت نسبه وأخذ ربع ما في يد المقر به وفي ضمانه له ما زاد التفصيل في التي قبلها، وعلى مثل قولنا قال ابن أبي ليلى وأهل المدينة: وبعض أهل البصرة.

فصل: ومتى أردت معرفة الفضل فاضرب مسألة الإقرار في مسألة الإنكار ثم تضرب ما للمقر من مسألة الإقرار في مسألة الإنكار إذا كانتا متباينتين وتضرب ما للمنكر في مسألة الإنكار في مسألة الإقرار فما كان بينهما فهو الفضل، فإن لم يكن في يده فضل فلا شيء للمقر له كثلاثة إخوة مفترقين أقر الأخ من الأم بأخ أو أخت فلا شيء للمقر له لأنه يقر على غيره وسواء أقر بأخ من أم أو غيره، وعند أبي حنيفة: إن أقر بأخ من أم فله نصف ما في يده وإن أقر بأخ من أبوين فللمقر به خمسة أسباع ما في يده، وإن كن ثلاث أخوات مفترقات فأقرت الأخت من الأم بأخ فإن كان في المسألة عصبة فلا شيء له، فإن لم يكن فيها عصبة فله سدس ما بقي في يدها لأن مسألة الإنكار من خمسة والإقرار من ستة إذا ضربت إحداهما في الأخرى كانت ثلاثين لها سهم من مسألة الإنكار في مسألة الإقرار ستة ولها في الإقرار خمسة يفضل في يدها سهم فهو للأخ من أي جهة كان وإن أقرت الأخت من الأب بأخ لها صحت من تسعين لها عشرة ويفضل لأخيها ثمانية، وإن أقرت بأخ من أبوين دفعت إليه جميع ما في يدها، وإن أقرت بأخ من أم أو بأم للميت أو جدة أو بعصبة فله سدس ما في يدها، وإن خلف أربع أخوات من أب وعماً فأقر الأخوات بأخ لهن فلا شيء له، وإن أقررن بأخت من أبوين دفعن إليها ثلاثة أرباع ما في

أيديهن وإن أقررن بأخت من أب فلها خمس ما في أيديهن وأيتهن أقرت وحدها دفعت إليها مما في يدها بقدر ذلك، وإن أقرت إحداهن بأخ وأخت فمسألة الإقرار من سبعة والإنكار من ستة تضرب إحداهما في الأخرى تكن اثنين وأربعين لها سهم في ستة وفي يدها سبعة يفضل في يدها سهم لهما، وإن أقر الأربع بهما فضل لهما أربعة أسهم فإن كان المقر بهما يتصادقان اقتسماها بينهم أثلاثاً فإن تجاحدا فلا شيء للأخ لأنه يقر أنه لا حق له في الثلثين ويكون المقر به للأخت لأنها تدعي خمس الثلثين. وإن جحدته ولم يجحدها لم يلتفت إلى جحدها لإقرار الأخوات المعروفات وإن جحدها ولم تجحده احتمل أن يكون المقر به لها لإقراره بأنه لا يستحق شيئاً من الثلثين وكونها تدعي من الثلثين مثل هذه الفضلة. ويحتمل أن لا تستحق إلا ثلث أربعة أسهم لإقرارها بها للأخ. والأول أولى إن شاء الله تعالى.

وإن أقر العم بأخت أو أخوات من أب أو أبوين فلا شيء لهم، وإن أقر بأخ أو أخت من أم أو بأم أو جدة فللمقر له السدس، وإن أقر بأخ من أبوين أو من أب أو بابنين من ولد الأم فلهم جميع ما في يده، وإن خلف أماً وأخاً من أبوين فأقرت الأم بأخ من أم أو من أبوين فله السدس وهو نصف ما في يدها وإن أقرت بأخ من أب فصدقها الأخ من الأبوين فله السدس وهو نصف ما في يدها ولا شيء للمقر له وإن لم يصدقها فقد أقرت له بما لا يدعيه فيحتمل أن يقر في يدها ولا يصح إقرارها ويحتمل أن يصطلحا عليه لأنه لا يخرج عنهما وقد أشكل أمره ويحتمل أن يكون لبيت المال لأنه مال لم يثبت له مستحق ولا يدعيه أحد، فإن أقر الأخ بأخ له من أبوين فله ثلاثة أثمان ما في يده لأن مسألة الإقرار من اثني عشر له منها خمسة وفي يده ثمانية فالفاضل في يده ثلاثة.

فصل: إذا خلف ابنين فأقر الأكبر بأخوين فصدقه الأصغر في أحدهما ثبت نسب المتفق عليه فصاروا ثلاثة، ومسألة الإقرار إذاً من ثلاثة، ومسألة الإنكار من أربعة فتضرب مسألة الإقرار في مسألة الإنكار تكن اثني عشر للأصغر سهم من مسألة الإنكار في مسألة الإقرار أربعة وللأكبر سهم في مسألة الإنكار ثلاثة وللمتفق عليه إن أقر بصاحبه مثل سهم الأكبر وإن أنكر مثل سهم الأصغر. وذكر أبو الخطاب أن المتفق عليه إن صدق بصاحبه لم يأخذ من المنكر إلا ربع ما في يده لأنه لا يدعي أكثر منه ويأخذ هو والمختلف فيه من الأكبر نصف ما بيده فتصح من ثمانية للمنكر ثلاثة أثمان وللمقر سهمان وللمتفق عليه سهمان وللآخر سهم.

وذكر ابن اللبان: أن هذا قياس قول مالك والشافعي رضي الله عنه وفي هذا نظر لأن المنكر يقر أنه لا يستحق إلا الثلث وقد حضر من يدعي الزيادة فوجب دفعها إليه ونظير هذا ما لو ادعى إنسان داراً في يد رجل فأقر بها لغيره فقال المقر له: إنما هي لهذا المدعي فإنها تدفع إليه.

وقد رد الخبري على ابن اللبان هذا القول وقال: على هذا يبقى مع المنكر ثلاثة أثمان وهو لا يدعي إلا الثلث وقد حضر من يدعي هذه الزيادة ولا منازع له فيها فيجب دفعها إليه. قال: والصحيح أن يضم المتفق عليه السدس الذي يأخذه من المقر به فيضمه إلى النصف الذي بيد المقر بهما فيقسمانه أثلاثاً وتصح من تسعة للمنكر ثلاثة ولكل واحد من الآخرين سهمان. وهذا قول أبي يوسف إذا تصادقا، ولا يقسم هذا على قول من لم يلزم المقر أكثر من الفضل عن ميراثه لأن المقر بهما والمتفق عليه لا ينقص ميراثه عن الربع ولم يحصل له على هذا القول إلا التسعان، وقيل: يدفع الأكبر إليهما نصف ما في يده ويأخذ المتفق عليه من الأصغر ثلث ما في يده فيحصل للأصغر الثلث وللأكبر الربع وللمتفق عليه السدس والثمن وللمختلف فيه الثمن، وتصح من أربعة وعشرين للأصغر ثمانية وللمتفق عليه سبعة وللأكبر ستة وللمختلف فيه ثلاثة وفيها أقوال كثيرة سوى هذا.

فصل: إذا خلف ابناً فأقر بأخوين دفعة واحدة فتصادقا ثبت نسبهما، وإن تجاحدا فكذلك في أحد الوجهين لأن نسبهما ثبت بإقرار من هو كل الورثة قبلهما، وفي الآخر لا يثبت لأن الإقرار بكل واحد منهما لم يصدر من كل الورثة ويدفع إلى كل واحد منهما ثلث ما في يده، وإن صدق أحدهما بصاحبه وجحده الآخر ثبت نسب المتفق عليه. وفي الآخر وجهان، ويدفع إلى كل واحد منهما ثلث ما بقي في يده.

فصل: ولو خلف ثلاثة بنين فأقر أحدهم بأخ وأخت فصدقه أحد أخويه في الأخ والآخر في الأخت لم يثبت نسبهما ويدفع المقر بهما إليهما ثلث ما في يده ويدفع المقر بالأخ إليه ربع ما في يده ويدفع المقر بالأخت إليها سبع ما في يده فأصل المسألة ثلاثة أسهم سهم المقر يقسم بينه وبينهما على تسعة فله ستة ولهما ثلاثة وسهم المقر بالأخ بينهما على أربعة له ثلاثة ولأخيه سهم وسهم المقر بالأخت بينه وبينها على ستة له خمسة ولها سهم وكلها متباينة فاضرب أربعة في سبعة في تسعة في أصل المسألة تكن سبعمائة وستة وخمسين للمقر بهما ستة في أربعة في سبعة مائة وثمانية وستون وللمقر بالأخت ستة في أربعة في تسعة مائتان وستة عشر وللمقر بالأخ ثلاثة في سبعة في تسعة مائة وتسعة وثمانون وللأخ المقر به سهمان في أربعة في سبعة ستة وخمسون وسهم في ستة في تسعة ثلاثة وستون فيجتمع له مائة وتسعة عشر وللأخت سهم في أربعة في سبعة ثمانية وعشرون وسهم في أربعة في تسعة ستة وثلاثون يجتمع لها أربعة وستون ولا فرق بين تصادقهما وتجاحدهما لأنه لا فضل في يد أحدهما عن ميراثه. ولو كان في هذه المسألة ابن رابع لم يصدقه في واحد منهما كان أصل المسألة من أسهم على أحد عشر وسهم على تسعة وسهم على خمسة وسهم ينفرد به الجاحد فتصح المسألة من ألف وتسعمائة وثمانين سهماً وطريق العمل فيها كالتي قبلها.

فصل: إذا خلف بنتاً وأختاً فأقرتا لصغيرة فقالت البنت: هي أخت وقالت الأخت: هي بنت فلها ثلث ما في يد الأخت لا غير، وهذا قول ابن أبي ليلى ولمحمد بن الحسن واللؤلؤي ويحيى بن آدم تخبيط كثير يطول ذكره، .وإن خلف امرأة وبنتاً وأختاً فأقررن بصغيرة فقالت المرأة: هي امرأة وقالت البنت: هي بنت وقال الأخت: هي أخت فقال الخبري: تعطى ثلث المال لأنه أكثر ما يمكن أن يكون لها ويؤخذ من المقرات على حسب إقرارهن وقد أقرت لها البنت بأربعة أسهم من أربعة وعشرين وأقرت لها الأخت بأربعة ونصف وأقرت المرأة بسهم ونصف وذلك عشرة أسهم منها ثمانية وهي أربعة أخماسها فخذ لها من كل واحدة أربعة أخماس ما أقرت لها به واضرب المسألة في خمسة تكن مائة وعشرين ومنها تصح فإذا بلغت الصغيرة فصدقت إحداهن أخذت منها تمام ما أقرت لها به وردت على الباقيتين ما أخذته مما لا تستحقه وهذا قول أبي حنيفة وقال ابن أبي ليلى: يؤخذ لها من كل واحدة ما أقرت لها به وإذا بلغت فصدقت إحداهن أمسكت ما أخذ لها منها وردت على الباقيتين الفضل الذي لا تستحقه عليها، وهذا القول أصوب إن شاء الله تعالى، لأن فيه احتياطاً على حقها. ثلاثة إخوة لأب ادعت امرأة أنها أخت الميت لأبيه وأمه فصدقها الأكبر وقال الأوسط: هي أخت لأم وقال الأصغر: هي أخت لأب فإن الأكبر يدفع إليها نصف ما في يده ويدفع إليها الأوسط سدس ما في يده ويدفع إليها الأصغر سبع ما في يده، وتصح من مائة وستة وعشرين لأن أصل مسألتهم ثلاثة فمسألة الأكبر من اثنين والثاني من ستة والثالث من سبعة والاثنان تدخل في الستة فتضرب ستة في سبعة تكن اثنين وأربعين فهذا ما في يد كل واحد منهم فتأخذ من الأكبر نصفه أحداً وعشرين ومن الأوسط سدسه سبعة ومن الأصغر سبعه ستة صار لها أربعة وثلاثون، وهذا قياس قول ابن أبي ليلى وفي قول أبي حنيفة: تأخذ سبع ما في يد الأصغر فيضم نصفه إلى ما بيد أحدهما ونصفه إلى ما بيد الآخر ويقاسم الأوسط على ثلاثة عشر له عشرة ولها ثلاثة فيضم الثلاثة إلى ما بيد الأكبر ويقاسمه ما بيده على أربعة لها ثلاثة وله سهم فاجعل في يد الأصغر أربعة عشر ليكون لسبعه نصف صحيح واضربها في ثلاثة عشر تكن مائة واثنين وثمانين فهذا ما بيد كل واحد منهم تأخذ من الأصغر سبعه وهو ستة وعشرون تضم إلى ما بيد كل واحد من إخوته ثلاثة عشر فيصير معهم مائة وخمسة وتسعون وتأخذ من الأوسط منها ثلاثة من ثلاثة عشر وهي خمسة وأربعون تضمها إلى ما بيد الأكبر يصير معه مائتان وأربعون فتأخذ ثلاثة أرباعها وهي مائة وثمانون ويبقى له ستون ويبقى للأوسط مائة وخمسون وللأصغر مائة وستة وخمسون وترجع بالاختصار إلى سدسها وهو أحد وتسعون.

فصل: وإذا خلف ابناً فأقر بأخ ثم جحده لم يقبل جحده ولزمه أن يدفع إليه نصف ما بيده. فإن أقر بعد جحده بآخر احتمل أن لا يلزمه له شيء لأنه لا فضل في يده عن ميراثه، وهذا قول ابن أبي ليلى، فإن كان لم يدفع إلى الأول شيئاً لزمه أن يدفع إليه نصف ما بيده ولا

يلزمه للآخر شيء. ويحتمل أن يلزمه دفع النصف الباقي كله إلى الثاني لأنه فوته عليه. وهذا قول زفر وبعض البصريين ويحتمل أن يلزمه ثلث ما في يده للثاني لأنه الفضل الذي في يده على تقدير كونهم ثلاثة فيصير كما لو أقر من غير جحد الأول وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعي رضي الله عنه. وقال أهل العراق: إن كان دفع إلى الأول بقضاء دفع إلى الثاني نصف ما بقي في يده وإن كان دفعه بغير قضاء دفع إلى الثاني ثلث جميع المال وإن خلف ابنين فأقر أحدهما بأخ ثم جحده ثم أقر بآخر لم يلزمه للثاني شيء لأنه لا فضل في يده، وعلى الاحتمال الثاني يدفع إليه نصف ما بقي في يده وعلى الثالث يلزمه ربع ما بقي في يده ولا يثبت نسب واحد منهما في هذه الصورة ويثبت نسب المقر به الأول في المسألة الأولى دون الثاني.

فصل: إذا مات رجل وخلف ابنين فمات أحدهما وترك بنتاً فأقر الباقي بأخ له من أبيه ففي يده ثلاثة أرباع المال وهو يزعم أن له ربعاً وسدساً فيفضل في يده ثلث يرده على المقر به، وإن أقرت به البنت وحدها ففي يدها الربع وهي تزعم أن لها السدس يفضل في يدها نصف السدس تدفعه إلى المقر له وهذا قول ابن أبي ليلى، وقال أبو حنيفة: إن أقر الأخ دفع إليه نصف ما في يده، وإن أقرت البنت دفعت إليه خمسة أسباع ما في يدها لأنها تزعم أن له ربعاً وسدساً وهو خمسة من اثني عشر ولها السدس وهو سهمان فيصير الجميع سبعة لها منها سهمان وله خمسة.
بنتان وعم ماتت إحداهما وخلفت ابناً وبنتاً فأقرت البنت بخالة ففريضة الإنكار من تسعة وفريضة الإقرار من سبعة وعشرين ولها منها سهمان وفي يدها ثلاثة فتدفع إليها سهماً وإن أقر بها الابن دفع إليها سهمين وإن أقرت بها البنت الباقية دفعت إليها التسع وإن أقر بها العم لم يدفع إليها شيئاً، وإن أقر الابن بخال له فمسألة الإقرار من اثني عشر له منها سهمان وهما السدس يفضل في يده نصف تسع وإن أقرت به أخته دفعت إليه ربع تسع فإن أقرت به البنت الباقية فلها الربع وفي يدها الثلث فتدفع إليه نصف السدس وإن أقر به العم دفع إليه جميع ما في يده.
ابنان مات أحدهما عن بنت ثم أقر الباقي منهما بأم لأبيه ففريضة الإنكار من أربعة للمقر منها ثلاثة أرباعها وفريضة الإقرار من اثنين وسبعين للمقر منها أربعون يفضل في يده أربعة عشر سهماً يدفعها إلى المرأة التي أقر لها، وترجع بالاختصار إلى ستة وثلاثين للمقر منها عشرون وللبنت تسعة وللمقر لها سبعة، ومذهب أبي حنيفة: تعمل كذلك إلا أنه يجمع سهام الأم وهي سبعة عشر إلى سهام المقر وهي أربعون فتقسم عليها ثلاثة أرباع المال فما أصاب كل واحد فهو له فتضرب سبعة وخمسين في أربعة تكن مائتين وثمانية وعشرين فللبنت سهم في سبعة وخمسين وللمقر أربعون في ثلاثة تكن مائة وعشرين وللأم سبعة عشر في ثلاثة أحد وخمسون، وإن أقرت بها البنت فلها من فريضة الإقرار خمسة عشر سهماً وفي يدها الربع وهو ثمانية عشر يفضل في يدها ثلاثة تدفعها إلى المقر لها. وإن أقر الابن بزوجة لأبيه وهي أم الميت الثاني فمسألة الإقرار من ستة وتسعين لها منها ستة وخمسون وفي يدها ثلاثة أرباع يفضل معه ستة عشر سهماً يدفعها

إلى المقر لها ويكون له ستة وخمسون ولها ستة عشر وللبنت أربعة وعشرون وترجع بالاختصار إلى اثني عشر لأن سهامهم كلها تتفق بالأثمان فيكون للمقر سبعة وللمقر لها سهمان وللبنت ثلاثة. وفي قول أبي حنيفة: تضم سهام المقر لها وهي تسعة عشر إلى سهام المقر فتكون خمسة وسبعين وتقسم عليها ثلاثة الأرباع وهما يتفقان بالأثلاث فترجع السهام إلى ثلثها خمسة وعشرون تضربها في أربعة تكن مائة للبنت سهم في خمسة وعشرين وللمرأة تسعة عشر في سهم وللمقر ستة وخمسون، وما جاء من هذا الباب فهذا طريق له. أبوان وابنتان اقتسموا التركة ثم أقروا ببنت للميت فقالت: قد استوفيت نصيبي من تركة أبي فالفريضة في الإقرار من ثمانية عشر للأبوين ستة ولكل بنت أربعة فأسقط منها نصيب البنت المقر بها يبقى أربعة عشر للأبوين منها ستة وإنما أخذا ثلث الأربعة عشر وذلك أربعة أسهم وثلثا سهم فيبقى لهما في يد البنتين سهم وثلث يأخذانها منها فاضرب ثلاثة في أربعة عشر تكن اثنين وأربعين فقد أخذ الأبوان أربعة عشر وهما يستحقان ثمانية عشر يبقى لهما أربعة يأخذانها منهما ويبقى للابنتين أربعة وعشرون وإن قالت: قد استوفيت نصف نصيبي فأسقط سهمين من ثمانية عشر يبقى ستة عشر قد أخذا ثلثها خمسة وثلثاً ويبقى لهما ثلثا سهم فإذا ضربتها في ثلاثة كانت ثمانية وأربعين قد أخذا منها ستة عشر يبقى لهما سهمان.

فصل: إذا أقر بعض الورثة ممن أعيلت له المسألة بمن يعصبه فيذهب العول مثل مسألة فيها زوج وأختان أقرت إحداهما بأخ لها فاضرب مسألة الإقرار وهي ثمانية في مسألة الإنكار وهي سبعة تكن ستة وخمسين للمنكرة سهمان في مسألة الإقرار ستة عشر وللمقرة سهم في مسألة الإنكار سبعة يفضل في يدها تسعة أسهم فيسأل الزوج فإن أنكر أعطي ثلاثة في ثمانية أربعة وعشرون ودفعت المقرة إلى المقر له ما فضل في يدها كله وإن أقر الزوج به فهو يدعي أربعة والأخ يدعي أربعة عشر فتجمعها تكن ثمانية عشر وتقسم عليها التسعة فتدفع إلى الزوج سهمين وإلى الأخ سبعة، فإن أقرت الأختان به وأنكر الزوج دفع إلى كل أخت سبعة وإلى الأخ أربعة عشر ويبقى أربعة يقران بها للزوج وهو ينكرها ففيه ثلاثة أوجه. أحدها: أن تقر في يد من هي في يده لأن إقراره بطل لعدم تصديق المقر له. والثاني: يصطلح عليها الزوج والأختان له نصفها ولهما نصفها لأنها لا تخرج عنهم ولا شيء فيها للأخ لأنه لا يحتمل أن يكون له فيها شيء بحال.

الثالث: يؤخذ إلى بيت المال لأنه مال لم يثبت له مالك ومذهب أبي حنيفة رضي الله عنه في الصورة الأولى إن أنكر الزوج أخذت المقرة سهميها من سبعة فتقسمها بينها وبين أختها على ثلاثة فتضرب ثلاثة في سبعة تكن أحداً وعشرين وعشرين لهما منها ستة لها سهمان ولأختها أربعة، وإن أقر الزوج ضم سهامه إلى سهميها تكن خمسة واقتسماها بينهم على سبعة للزوج أربعة وللأخ سهمان وللأخت سهم ثم تضرب سبعة في سبعة تكن تسعة وأربعين ومنها تصح

للمنكر سهمان في سبعة أربعة عشر وللزوج أربعة في خمسة وللأخ سهمان في خمسة وللمقرة سهم في خمسة، فإن خلفت أماً وزوجاً وأختاً من أب فأقرت الأخت بأخ لها فمسألة الإنكار من ثمانية ومسألة الإقرار من ثمانية عشر ويتفقان بالانصاف فاضرب نصف إحداهما في الأخرى تكن اثنين وسبعين للأم ثمانية عشر وفي يد المقر سبعة وعشرون ولها من مسألة الإقرار ثمانية يفضل في يدها تسعة عشر فيسأل الزوج فإن أنكر أخذ الأخ ستة عشر وبقيت ثلاثة أسهم فيها الأوجه الثلاثة وإن أقر فهو يدعي تسعة لأنه يدعي تمام النصف والأخ يدعي ستة عشر فتضم التسعة إلى الستة عشر تكن خمسة وعشرين والتسعة عشر لا توافقها فتضرب خمسة وعشرين في اثنين وسبعين تكن ألفاً وثمانمائة ثم كل من له شيء من اثنين وسبعين مضروب في خمسة وعشرين ومن له شيء من خمسة وعشرين مضروب في تسعة عشر. وسئل المغيرة الضبي عن هذه المسألة فأجاب بهذا، وذكر أنه قول النخعي، قال يحيى بن آدم: وهي في قول حماد وأبي حنيفة من عشرين سهماً يعني للأم ربعها خمسة والباقي بين الزوج والأخ والأخت على قدر سهامهم من فريضة الإقرار، للزوج تسعة وللأخ أربعة وللأخت سهمان، وإن صدقتها الأم وحدها دون الزوج أعطيت الأم السدس والأخ والأخت الثلث بينهما على ثلاثة وللزوج ثلاثة أثمان ويبقى الثمن فيه الأوجه الثلاثة.

فصل: وإن أقر وارث بمن لا يرث ويسقط به ميراثه كأخت من أب أقرت بأخ لها في مسألة فيها زوج وأخت من أبوين أو أقرت بأخ من أبوين سقط ميراثها ويقسم المال بين الزوج والأخت نصفين إن صدقاها في الصورة الأولى، وفي الثانية: للزوج النصف والباقي بين الأخ والأخت على ثلاثة وإن كذباها فالمقر به هو السبع ففيه الأوجه الثلاثة في الصورة الأولى ويدفع إلى الأبوين في الصورة الثانية، وإن خلفت زوجاً وأماً وأختين لأم وأختين لأب فأقرت إحداهما بأخ لها سقط ميراثها ولا شيء للأخ وللأخرى خمس المال والباقي بين سائر الورثة على ستة إن أقروا فاضرب ستة في خمسة تكن ثلاثين، وإن أنكرت الأم فلها العشر أيضاً والباقي بين الزوج والأختين من الأم على خمسة وإن أنكرته الأختان من الأم فلهما الخمس أيضاً والباقي كله للزوج وتصح من عشرة وإن أنكره الزوج فله خمس وعشر فيبقى خمس المال لا يدعيه أحد يقرون به للأخت المقرة وهي تقر به لهم ففيه الأوجه الثلاثة، إلا أننا إذا قلنا: يقسم بينهم فلا شيء فيه للأخت المنكرة ولا للمقر به بحال لأنه لا يحتمل أن يكون لهما شيء بحال.

فصل: امرأة وعم ووصى لرجل بثلث ماله فأقرت المرأة والعم أنه أخو الميت وصدقهما ثبت نسبه وأخذ ميراثه، وإن أقرت به المرأة وحدها فلم يصدقها المقر به لم يؤثر إقرارها شيئاً وإن صدقها الأخ وحده فللمرأة الربع بكماله إلا أن يجيز الوصية وللعم النصف ويبقى الربع يدفع إلى الوصي، وإن صدقها العم ولم يصدقها الوصي فله الثلث وللمرأة الربع والباقي يقر به العم لمن لا يدعيه ففيه الأوجه الثلاثة، وإن أقر به العم وحده فصدقه الموصى له أخذ ميراثه وهو

ثلاثة أرباع المال وللمرأة السدس ويبقى نصف السدس فيحتمل أن يكون لها لأن الموصى له يعترف ببطلان الوصية أو وقوفها على إجازة المرأة ولم تجزها، ويحتمل أن يكون فيه الأوجه الثلاثة وإن لم يصدقه أخذ الثلث بالوصية والمرأة السدس بالميراث،ويبقى النصف فيه الأوجه الثلاثة.

مسألة: قال: (والقاتل لا يرث المقتول، عمداً كان القتل أو خطأ).

أجمع أهل العلم على أن قاتل العمد لا يرث من المقتول شيئاً إلا ما حكي عن سعيد بن المسيب وابن جبير أنهما ورثاه، وهو رأي الخوارج لأن آية الميراث تتناوله بعمومها فيجب العمل بها فيه، ولا تعويل على هذا القول لشذوذه وقيام الدليل على خلافه. فإن عمر رضي الله عنه أعطى دية ابن قتادة المذحجي لأخيه دون أبيه، وكان حذفه بسيفه فقتله. واشتهرت هذه القصة بين الصحابة رضي الله عنهم فلم تنكر فكانت إجماعاً، وقال عمر: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «ليس للقاتل شيء» رواه مالك في موطئه والإمام أحمد بإسناده، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبيّ ﷺ نحوه. رواه ابن اللبان بإسناده ورواهما ابن عبد البر في كتابه.

وروى ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «من قتل قتيلاً فإنه لا يرثه وإن لم يكن له وارث غيره وإن كان والده أو ولده فليس لقاتل ميراث» رواه الإمام أحمد بإسناده ولأن توريث القاتل يفضي إلى تكثير القتل لأن الوارث ربما استعجل موت موروثه ليأخذ ماله كما فعل الإسرائيلي الذي قتل عمه فأنزل الله تعالى فيه قصة البقرة، وقيل: ما ورث قاتل بعد عاميل وهو اسم القتيل، فأما القتل خطأ فذهب كثير من أهل العلم إلى أنه لا يرث أيضاً نص عليه أحمد ويروى ذلك عن عمر وعلي وزيد وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وروي نحوه عن أبي بكر رضي الله عنهم وبه قال شريح وعروة وطاوس وجابر بن زيد والنخعي والشعبي والثوري وشريك والحسن بن صالح ووكيع والشافعي ويحيى بن آدم وأصحاب الرأي، وورثه قوم من المال دون الدية وروي ذلك عن سعيد بن المسيب وعمرو بن شعيب وعطاء والحسن ومجاهد والزهري ومكحول والأوزاعي وابن أبي ذئب وأبي ثور وابن المنذر وداود وروي نحوه عن عليّ لأن ميراثه ثابت بالكتاب والسنة، تخصص قاتل العمد بالإجماع فوجب البقاء على الظاهر فيما سواه.

ولنا: الأحاديث المذكورة ولأن من لا يرث من الدية لا يرث من غيرها كقاتل العمد والمخالف في الدين والعمومات مخصصة بما ذكرناه.

فصل: والقتل المانع من الإرث هو القتل بغير حق وهو المضمون بقود أو دية أو كفارة كالعمد وشبه العمد والخطأ وما جرى مجرى الخطأ كالقتل بالسبب وقتل الصبي والمجنون

والنائم وما ليس بمضمون بشيء مما ذكرنا لم يمنع الميراث كالقتل قصاصاً أو حداً أو دفعاً عن نفسه وقتل العادل الباغي أو من قصد مصلحة موليه بماله فعله من سقي دواء أو بط خراج فمات ومن أمره إنسان عاقل كبير ببط خراجه أو قطع سلعة منه فتلف بذلك ورثه في ظاهر المذهب.

قال أحمد: إذا قتل العادل الباغي في الحرب يرثه، ونقل محمد بن الحكم عن أحمد في أربعة شهدوا على أختهم بالزنا فرجمت فرجموا مع الناس يرثونها هم غير قتلة، وعن أحمد رواية أخرى تدل على أن القتل يمنع الميراث بكل حال فإنه قال في رواية ابنيه صالح وعبد الله: لا يرث العادل الباغي ولا يرث الباغي العادل، وهذا يدل على أن القتل يمنع الميراث بكل حال، وهذا ظاهر مذهب الشافعي أخذاً بظاهر لفظ الحديث ولأنه قاتل فأشبه الصبي والمجنون.

وقال أبو حنيفة وصاحباه: كل قتل لا مأثم فيه لا يمنع الميراث كقتل الصبي والمجنون والنائم والساقط على إنسان من غير اختيار منه وسائق الدابة وقائدها وراكبها إذا قتلت بيدها أو فيها فإنه يرثه لأنه قتل غير متهم فيه ولا مأثم فيه. فأشبه القتل في الحد.

ولنا: على أبي حنيفة وأصحابه عموم الأخبار خصصنا منها القتل الذي لا يضمن ففيما عداه يبقى على مقتضاها، ولأنه قتل مضمون فيمنع الميراث كالخطأ.

ولنا: على الشافعي أنه فعل مأذون فيه فلم يمنع الميراث كما لو أطعمه أو سقاه باختياره فأفضى إلى تلفه، ولأنه حرم الميراث في محل الوفاق كيلا يفضي إلى إيجاد القتل المحرم وزجراً عن إعدام النفس المعصومة وفي مسألتنا حرمان الميراث يمنع إقامة الحدود الواجبة واستيفاء الحقوق المشروعة ولا يفضي إلى إيجاد قتل محرم فهو ضد ما ثبت في الأصل ولا يصح القياس على قتل الصبي والمجنون لأنه قتل محرم وتفويت نفس معصومة والتوريث يفضي إليه بخلاف مسألتنا.

إذا ثبت هذا فالمشارك في القتل في الميراث كالمنفرد به لأنه يلزمه من الضمان بحسبه فلو شهد على موروثه مع جماعة ظلماً فقتل لم يرثه وإن شهد بحق ورثه لأنه غير مضمون.

فصل: أربعة إخوة قتل أكبرهم الثاني ثم قتل الثالث الأصغر سقط القصاص عن الأكبر لأن ميراث الثاني صار للثالث والأصغر نصفين فلما قتل الثالث الأصغر لم يرثه وورثه الأكبر فرجع إليه نصف دم نفسه وميراث الأصغر جميعه فسقط عنه القصاص لميراثه بعض دم نفسه وله القصاص على الأصغر ويرثه في ظاهر المذهب فإن اقتص منه ورثه ويرث إخوته الثلاثة، ولو أن ابنين قتل أحدهما أحد أبويهما وهما زوجان ثم قتل الآخر أباه الآخر سقط القصاص عن القاتل الأول ووجب على القاتل الثاني لأن الأول لما قتل أباه ورث ماله ودمه أخوه وأمه، فلما قتل الثاني أمه ورثها قاتل الأب فصار له من دم نفسه ثمنه فسقط القصاص عنه لذلك وله القصاص على الآخر فإن قتله ورثه في ظاهر المذهب، وإن خرج أحدهما أباه والآخر أمه وماتا

في حال واحدة ولا وارث لهما سواهما فلكل واحد منهما مال الذي لم يقتله ولكل واحد منهما القصاص على صاحبه وكذلك لو قتل كل واحد منهما أحد الأبوين ولم يكونا زوجين فلكل واحد منهما القصاص على أخيه إلا أنه لا يمكن أحدهما الاستيفاء إلا بإبطال حق الآخر فيسقطان، وإن عفا أحدهما عن الآخر فللآخر قتل العافي ويرثه في الظاهر وإن بادر أحدهما فقتل أخاه سقط القصاص عنه وورثه في الظاهر عنه، ويحتمل ألا يرثه ويجب القصاص عليه بقتله لأن القصاصين لما تساويا وتعذر الجمع بين استيفائها سقطا فلم يبق لهما حكم فيكون المستوفي منهما معتدياً باستيفائه فلا يرث أخاه ويجب القصاص عليه بقتله، وإن أشكل كيفية موت الأبوين وادعى كل واحد منهما أن قتيله أولهما موتاً خرج في توريثهما ما ذكرناه في الغرقى من توريث كل واحد من الميتين من الآخر ثم يرث كل واحد منهما بعض دم نفسه فيسقط القصاص عنهما ومن لا يرى ذلك فالجواب فيها كالتي قبلها ويحتمل أن يسقط القصاص بكل حال للشبهة وأن يكون لكل واحد دية الآخر وماله.

مسألةٌ: قال: (ولا يرث مسلم كافراً ولا كافر مسلماً إلا أن يكون معتقاً فيأخذ ماله بالولاء).

أجمع أهل العلم على أن الكافر لا يرث المسلم، وقال جمهور الصحابة والفقهاء لا يرث المسلم الكافر. يروى هذا عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي وأسامة بن زيد وجابر بن عبد الله رضي الله عنهم. وبه قال عمرو بن عثمان وعروة والزهري وعطاء وطاوس والحسن وعمر بن عبد العزيز وعمرو بن دينار والثوري وأبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي وعامة الفقهاء وعليه العمل.

وروي عن عمر ومعاذ ومعاوية رضي الله عنهم أنهم ورثوا المسلم من الكافر ولم يورثوا الكافر من المسلم. وحكي ذلك عن محمد بن الحنفية وعلي بن الحسين وسعيد بن المسيب ومسروق وعبد الله بن معقل والشعبي والنخعي ويحيى بن يعمر وإسحاق وليس بموثوق به عنهم. فإن أحمد قال: ليس بين الناس اختلاف في أن المسلم لا يرث الكافر. وروي أن يحيى بن يعمر احتج لقوله فقال: حدثني أبو الأسود أن معاذاً حدثه أن رسول الله ﷺ قال: «الإسلام يزيد ولا ينقص» ولأننا ننكح نساءهم ولا ينكحون نساءنا فكذلك نرثهم ولا يرثوننا.

ولنا: ما روى أسامة بن زيد عن النبيّ ﷺ أنه قال: «لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر» متفق عليه. وروى أبو داود بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يتوارث أهل ملتين شتى» ولأن الولاية منقطعة بين المسلم والكافر فلم يرثه كما لا يرث الكافر المسلم. فأما حديثهم فيحتمل أنه أراد أن الإسلام يزيد بمن يسلم وبما يفتح من البلاد لأهل الإسلام ولا ينقص بمن يرتد لقلة من يرتد وكثرة من يسلم،

وعلى أن حديثهم مجمل وحديثنا مفسر وحديثهم لم يتفق على صحته وحديثنا متفق عليه فتعين تقديمه. والصحيح عن عمر أنه قال: لا نرث أهل الملل ولا يرثوننا، وقال في عمة الأشعث: يرثها أهل دينها. فأما المعتق إذا خالف دينه دين معتقه فسنذكره في باب الولاء إن شاء الله تعالى.

فصل: فأما الكفار فيتوارثون إذا كان دينهم واحداً لا نعلم بين أهل العلم فيه خلافاً، وقول النبيّ ﷺ: «لا يرث المسلم الكافر» دليل على أن بعضهم يرث بعضاً، وقوله: «لا يتوارث أهل ملتين شتى» دليل على أن أهل الملة الواحدة يرث بعضهم بعضاً، وقول النبيّ ﷺ: «وهل ترك لنا عقيل من دار؟» دليل على أن عقيلاً ورث أبا طالب دون جعفر وعلي، لأنهما كانا مسلمين وكان عقيل على دين أبيه مقيماً بمكة فباع رباعه بمكة فلذلك لما قيل للنبي ﷺ: أين تنزل غداً؟ قال: «وهل ترك لنا عقيل من رباع» وقال عمر في عمة الأشعث بن قيس: يرثها أهل دينها. فإن اختلفت أديانهم فاختلف عن أحمد فروي عنه: أن الكفر كله ملة واحدة يرث بعضهم بعضاً، رواه عنه حرب واختاره الخلال، وبه قال حماد وابن شبرمة وأبو حنيفة والشافعي وداود لأن توريث الآباء من الأبناء والأبناء من الآباء مذكور في كتاب الله تعالى ذكراً عاماً فلا يترك إلا فيما استثناه الشرع، وما لم يستثنه الشرع يبقى على العموم، ولأن قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٣] عام في جميعهم.

وروي عن أحمد: أن الكفر ملل مختلفة لا يرث بعضهم بعضاً اختاره أبو بكر وهو قول كثير من أهل العلم، لأن قول النبيّ ﷺ: «لا يتوارث أهل ملتين شتى» ينفي توارثهما ويخص عموم الكتاب. ولم نسمع عن أحمد تصريحاً بذكر أقسام الملل. وقال القاضي أبو يعلى: الكفر ثلاث ملل اليهودية والنصرانية ودين من عداهم لأن من عداهم يجمعهم. أنهم لا كتاب لهم. وهذا قول شريح وعطاء وعمر بن عبد العزيز والضحاك والحكم والثوري والليث وشريك ومغيرة والضبي وابن أبي ليلى والحسن بن صالح ووكيع، وروي ذلك عن مالك. وروي عن النخعي والثوري القولان معاً ويحتمل كلام أحمد رضي الله عنه أن يكون الكفر مللاً كثيرة فتكون المجوسية ملة وعبادة الأوثان ملة أخرى وعبادة الشمس ملة فلا يرث بعضهم بعضاً. روي ذلك عن عليّ، وبه قال الزهري وربيعة وطائفة من أهل المدينة وأهل البصرة وإسحاق وهو أصح الأقوال إن شاء الله تعالى لقول النبيّ ﷺ: «لا يتوارث أهل ملتين شتى» ولأن كل فريقين منهم لا موالاة بينهم ولا اتفاق في دين فلم يرث بعضهم بعضاً كالمسلمين والكفار والعمومات في التوريث مخصوصة فيخص منها محل النزاع بالخبر والقياس. ولأن مخالفينا قطعوا التوارث بين أهل الحرب وأهل دار الإسلام مع اتفاقهم في الملة لانقطاع الموالاة فمع اختلاف الملة أولى. وقول من حصر الملة بعدم الكتاب غير صحيح فإن هذا وصف عدمي لا يقتضي

حكماً ولا جمعاً. ثم لا بد لهذا الضابط من دليل يدل على اعتباره ثم قد افترق حكمهم فإن المجوس يقرون بالجزية وغيرهم لا يقر بها وهم مختلفون في معبوداتهم ومعتقداتهم وآرائهم يستحل بعضهم دماء بعض ويكفر بعضهم بعضاً فكانوا مللاً كاليهود والنصارى. وقد روي ذلك عن عليّ رضي الله عنه فإن إسماعيل بن أبي خالد روى عن الشعبي عن علي عليه السلام: أنه جعل الكفر مللاً مختلفة. ولم يعرف له مخالف في الصحابة فيكون إجماعاً.

فصل: وقياس المذهب عندي أن الملة الواحدة يتوارثون وإن اختلفت ديارهم لأن العمومات من النصوص تقتضي توريثهم ولم يرد بتخصيصهم نص ولا إجماع ولا يصح فيهم قياس، فيجب العمل بعمومها. ومفهوم قوله عليه السلام: «لا يتوارث أهل ملتين شتى» أن أهل الملة الواحدة يتوارثون. وضبطه يتوارث أهل ملتين شتى أن أهل الملة الواحدة يتوارثون وضبطه التوريث بالملة والكفر والإسلام دليل على أن الاعتبار به دون غيره، ولأن مقتضى التوريث موجود فيجب العمل به ما لم يقم دليل على تحقق المانع، وقد نص أحمد في رواية الأثرم فيمن دخل إلينا بأمان فقتل أنه يبعث بديته إلى ملكهم حتى يدفعها إلى الورثة.

وقد روي أن عمرو بن أمية كان مع أهل بئر معونة فسلم ورجع إلى المدينة فوجد رجلين في طريقه من الحي الذي قتلوهم وكانا أتيا النبيّ ﷺ في أمان ولم يعلم عمرو فقتلهما، فوداهما النبيّ ﷺ، ولا شك في أنه بعث بديتهما إلى أهلهما.

وقال القاضي: قياس المذهب عندي أنه لا يرث حربي ذمياً ولا ذمي حربياً لأن الموالاة بينهما منقطعة، فأما المستأمن فيرثه أهل الحرب وأهل دار الإسلام وبهذا قال الشافعي رضي الله عنه، وبه قال أبو حنيفة إلا أن المستأمن لا يرثه الذمي لأن دارهما مختلفة.

قال القاضي: ويرث أهل الحرب بعضهم بعضاً سواء اتفقت ديارهم أو اختلفت. وهذا قول الشافعي رضي الله عنه، وقال أبو حنيفة: إذا اختلفت ديارهم بحيث كان لكل طائفة ملك ويرى بعضهم قتل بعض لم يتوارثا لأنهم لا موالاة بينهم أشبه أهل دار الحرب فجعلوا اتفاق الدار واختلافها ضابطاً للتوريث وعدمه ولا نعلم في هذا كله حجة من كتاب ولا سنة مع مخالفته لعموم النص المقتضي للتوريث ولم يعتبروا الدين في اتفاقه ولا اختلافه مع ورود الخبر فيه وصحة العبرة فيها فإن المسلمين يرث بعضهم بعضاً وإن اختلفت الدار بهم فكذلك الكفار. ولا يرث المسلم كافراً ولا الكافر مسلماً لاختلاف الدين بهم، وكذلك لا يرث مختلفا الدين أحدهما من صاحبه شيئاً.

مسألة: قال: (والمرتد لا يرث أحداً إلا أن يرجع قبل قسمة الميراث).

لا نعلم خلافاً بين أهل العلم في أن المرتد لا يرث أحداً. وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم وذلك لأنه لا يرث مسلماً لقول النبيّ ﷺ: «لا يرث كافر مسلماً» ولا يرث كافراً لأنه يخالفه في حكم الدين لأنه لا يقر على كفره فلم يثبت له حكم أهل الدين الذي انتقل إليه ولهذا لا تحل ذبيحتهم ولا نكاح نسائهم وإن انتقلوا إلى دين أهل الكتاب، ولأن المرتد تزول أملاكه الثابتة له واستقرارها فلأن لا يثبت له ملك أولى. ولو ارتد متوارثان فمات أحدهما لم يرثه الآخر فإن المرتد لا يرث ولا يورث وإن رجع المرتد إلى الإسلام قبل قسم الميراث قسم له على ما سنذكره في المسألة التي بعدها إن شاء الله تعالى.

فصل: والزنديق كالمرتد فيما ذكرنا، والزنديق هو الذي يظهر الإسلام ويستسر بالكفر وهو المنافق كان يسمى في عصر النبيّ ﷺ منافقاً ويسمى اليوم زنديقاً، قال أحمد: مال الزنديق في بيت المال.

فصل: إذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح في الحال. ولم يرث أحدهما الآخر، وإن كانت ردته بعد الدخول ففيه روايتان:

إحداهما: يتعجل الفرقة والأخرى: يقف على انقضاء العدة وأيهما مات لم يرثه الآخر.

مسألة: قال: (وكذلك من أسلم على ميراث قبل أن يقسم قسم له).

اختلفت الرواية فيمن أسلم قبل قسم ميراث موروثه المسلم، فنقل الأثرم ومحمد بن الحكم أنه يرث. وروي نحو هذا عن عمر وعثمان والحسن بن علي وابن مسعود وبه قال جابر بن زيد والحسن ومكحول وقتادة وحميد وإياس بن معاوية وإسحاق، فعلى هذا: إن أسلم قبل قسم بعض المال ورث مما بقي، وبه قال الحسن، ونقل أبو طالب فيمن أسلم بعد الموت لا يرث قد وجبت المواريث لأهلها. وهذا المشهور عن علي رضي الله عنه وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس والزهري وسليمان بن يسار والنخعي والحكم وأبو الزناد وأبو حنيفة ومالك والشافعي رضي الله عنهم وعامة الفقهاء لقول النبيّ ﷺ: «لا يرث الكافر المسلم» ولأن الملك قد انتقل بالموت إلى المسلمين فلم يشاركهم من أسلم كما لو اقتسموا ولأن المانع من الإرث متحقق حال وجود الموت فلم يرث كما لو كان رقيقاً فأعتق أو كما لو بقي على كفره.

ولنا: قول النبيّ ﷺ: «من أسلم على شيء فهو له» رواه سعيد من طريقين عن عروة وابن أبي مليكة عن النبيّ ﷺ، وروى أبو داود بإسناده عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «كل قسم قسّم في الجاهلية فهو على ما قسم وكل قسم أدركه الإسلام فهو على قسم الإسلام».

وروى ابن عبد البر بإسناده في التمهيد عن زيد بن قتادة العنبري: أن إنساناً من أهله مات على غير دين الإسلام فورثته أختي دوني وكانت على دينه ثم إن جدي أسلم وشهد مع النبيّ ﷺ حنيناً فتوفي فلبثت سنة وكان ترك ميراثاً ثم إن أختي أسلمت فخاصمتني في الميراث إلى عثمان رضي الله عنه فحدثه عبد الله بن أرقم أن عمر قضى: أنه من أسلم على ميراث قبل أن يقسم فله نصيبه فقضى به عثمان فذهبت بذلك الأول وشاركتني في هذا. وهذه قضية انتشرت فلم تنكر إجماعاً ولأنه لو تجدد له صيد بعد موته وقع في شبكته التي نصبها في حياته لثبت له الملك فيه، ولو وقع إنسان في بئر حفرها لتعلق ضمانه بتركته بعد موته فجاز أن يتجدد حق من أسلم من ورثته بتركته ترغيباً في الإسلام وحثاً عليه، فأما إذا قسمت التركة وتعين حق كل وارث ثم أسلم فلا شيء له وإن كان الوارث واحداً فإذا تصرف في التركة واحتازها كان بمنزلة قسمتها.

فصل: ومن كان رقيقاً حين موت موروثه فأعتق قبل القسمة لم يرث نص عليه أحمد رضي الله عنه في رواية محمد بن الحكم وفرق بين الإسلام والعتق وعلى هذا جمهور الفقهاء من الصحابة ومن بعدهم. وروي عن ابن مسعود أنه سئل عن رجل مات وترك أباه عبداً فأعتق قبل أن يقسم ميراثه فقال: له ميراثه.

وحكي عن مكحول وقتادة أنهما ورثا من أعتق قبل القسمة لأن المانع من الميراث زال قبل القسمة فأشبه ما لو أسلم، قال أبو الحسن التميمي يخرج على قول من ورث المسلم أن يورث العبد إذا أعتق وليس بصحيح فإن الإسلام قربة وهو أعظم الطاعات، والقرب ورد الشرع بالتأليف عليها فورد الشرع بتوريثه ترغيباً له في الإسلام وحثاً عليه والعتق لا صنع له فيه ولا يحمد عليه فلم يصح قياسه عليه ولولا ما ورد من الأثر من توريث من أسلم لكان النظر يقتضي أن لا يرث من لم يكن من أهل الميراث حين الموت لأن الملك ينتقل به إلى الورثة فيستحقونه فلا يبقى لمن حدث شيء، لكن خالفناه في الإسلام للأثر. وليس في العتق أثر يجب التسليم له ولا هو في معنى ما فيه الأثر فيبقى على موجب القياس.

مسألة: قال: (ومتى قتل المرتد على ردته فما له فيء).

اختلفت الرواية عن أحمد في مال المرتد إذا مات أو قتل على ردته فروي عنه أنه يكون فيئاً في بيت مال المسلمين، قال القاضي: هو صحيح في المذهب وهو قول ابن عباس وربيعة ومالك وابن أبي ليلى والشافعي رضي الله عنهم وأبي ثور وابن المنذر، وعن أحمد ما يدل على أنه لورثته من المسلمين. وروي ذلك عن أبي بكر الصدّيق رضي الله عنه وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم. وبه قال ابن المسيب وجابر بن زيد والحسن وعمر بن عبد العزيز وعطاء والشعبي والحكم والأوزاعي والثوري وابن شبرمة وأهل العراق وإسحاق. لأن الثوري وأبا حنيفة

واللؤلؤي وإسحاق قالوا: ما اكتسبه في ردته يكون فيئاً ولم يفرق أصحابنا بين تلاد ماله وطارفه ووجه هذا القول أنه قول الخليفتين الراشدين فإنه يروى عن زيد بن ثابت قال: بعثني أبو بكر عند رجوعه إلى أهل الردة أن أقسم أموالهم بين ورثتهم المسلمين. ولأن ردته ينتقل بها ماله فوجب أن ينتقل إلى ورثته المسلمين كما لو انتقل بالموت وروي عن أحمد رواية: أن ماله لأهل دينه الذي اختاره إن كان منه من يرثه وإلا فهو فيء، وبه قال داود وروي عن علقمة وسعيد بن أبي عروة لأنه كافر فورثه أهل دينه كالحربي وسائر الكفار. والمشهور الأول لقول النبيِّ ﷺ: «لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم» وقوله: «لا يتوارث أهل ملتين شتى» ولأنه كافر فلا يرثه المسلم كالكافر الأصلي، ولأن ماله مال مرتد. فأشبه الذي كسبه في ردته، ولا يمكن جعله لأهل دينه لأنه لا يرثهم فلا يرثونه كغيرهم من أهل الأديان، ولأنه يخالفهم في حكمهم فإنه لا يقر على ما انتقل إليه ولا تؤكل له ذبيحة ولا يحل نكاحه إن كان امرأة. فأشبه الحربي مع الذمي، فإن قيل: إذا جعلتموه فيئاً فقد ورثتموه للمسلمين قلنا: لا يأخذونه ميراثاً بل يأخذونه فيئاً كما يؤخذ مال الذمي إذا لم يخلف وارثاً وكالعشور.

فصل: والزنديق كالمرتد لا يرث ولا يورث، وقال مالك في الزنديق الذي يتهم بزي ورثته عند موته: ماله لورثته من المسلمين مثل من يرتد إذا حضره الموت قال: وترثه زوجته سواء انقضت عدتها أو لم تنقض كالتي يطلقها زوجها في مرض موته ليحرمها الميراث لأنه فار من ميراث من انعقد سبب ميراثه فورثه كالمطلقة في مرض الموت.

ولنا: قول النبيِّ ﷺ: «لا يرث المسلم الكافر» وقياس المذهب أن أحد الزوجين إذا ارتد في مرض موته يرثه الآخر لأنه فعل ما يفسخ النكاح في مرض موته فأشبه الطلاق وفعل المرأة ما يفسخ نكاحها ويخرج في ميراث سائر الورثة مثل الزوجين فيكون مثل مذهب مالك، وقال أبو يوسف: إذا ارتدت المريضة فماتت في عدتها أو لحقت بدار الحرب وورثها زوجها.

وروى اللؤلؤي عن أبي حنيفة إذا ارتد الرجل فقتل على ردته ألحق بدار الحرب بانت منه امرأته فإن كانت مدخولاً بها ورثته إذا كان ذلك قبل انقضاء عدتها، وإن كانت غير مدخول بها بانت ولم ترثه وإن ارتدت المرأة من غير مرض فماتت لم يرثها زوجها لأنها عندهم لا تقتل فلم تكن فارة من ميراثه بخلاف الرجل.

فصل: وارتداد الزوجين معاً كارتداد أحدهما في فسخ نكاحها وعدم ميراث أحدهما من الآخر سواء لحقا بدار الحرب أو أقاما بدار الإسلام، وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة: إذا ارتدا معاً لم ينفسخ النكاح ولم يتوارثا لأن المرتد لا يرث المرتد ما داما في دار الإسلام فإن لحقا بدار الحرب توارثا.

ولنا: إنهما مرتدان فلم يتوارثا كما لو كانا في دار الإسلام. ولو ارتد جميعاً ولهما أولاد صغار لم يتبعوهم في ردتهم ولم يرثوا منهم شيئاً ولم يجز استرقاقهم سواء لحقوهم بدار الحرب أو لم يلحقوهم، وبهذا قال الشافعي رحمه الله وقال أبو حنيفة وأصحابه: من ألحقوه بدار الحرب منهم يصير مرتداً يجوز سبيه ومن لم يلحقوه بدار الحرب فهو في حكم الإسلام، فأما من ولد بعد الردة بستة أشهر فذكر الخرقي رضي الله عنه ما يدل على أنه يجوز استرقاقه، وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي والقول الثاني: لا يسبون وهو منصوص الشافعي.

فصل: فإذا لحق المرتد بدار الحرب وقف ماله فإن أسلم دفع إليه وإن مات صار فيئاً، وبهذا قال مالك والشافعي رضي الله عنهما وجعل أهل العراق لحاقه بدار الحرب كموته في زوال ملكه وصرف ماله إلى من يصرف إليه إذا مات فإن عاد إلى الإسلام فله ما وجد من ماله ولا يرجع على ورثته بشيء مما أتلفوه إلا أن يكونوا اقتسموه بغير حكم حاكم ولم يختلفوا فيما اكتسبوه في دار الحرب أو أخرجه من ماله إلى دار الحرب أنه فيء، وقال أبو بكر عبد العزيز: إذا ارتد المسلم زاد ملكه عن ماله ولم يصح تصرفه فيه بشيء من التصرفات فإن أسلم رد إليه تمليكاً مستأنفاً، وقال أبو يوسف: إنما أحكم بموته يوم يختصمون في ماله لا يوم لحاقه بدار الحرب.

ولنا: إنه حر من أهل التصرف ويبقى ملكه بعد إسلامه فلم يحكم بزوال ملكه كما لو لم يرتد ويجب ردُّ ما أخذ من ماله أو أتلف عليه كغيره.

فصل: ومتى مات الذمي ولا وارث له كان ماله فيئاً، وكذلك ما فضل من ماله عن وارثه كمن ليس له وارث إلا أحد الزوجين فإن الفاضل عن ميراثه يكون فيئاً لأنه ما ليس له مستحق معين فكان فيئاً. كمال الميت المسلم الذي لا وارث له.

فصل: في ميراث المجوس ومن جرى مجراهم ممن ينكح ذوات المحارم إذا أسلموا وتحاكموا إلينا، لا نعلم بين علماء المسلمين خلافاً في أنهم لا يرثون بنكاح ذوات المحارم، فأما غيره من الأنكحة فكل نكاح اعتقدوا صحته وأقروا عليه بعد إسلامهم توارثوا به سواء وجد بشروطه المعتبرة في نكاح المسلمين أو لم يوجد وما لا يقرون عليه بعد إسلامهم لا يتوارثون به، والمجوس وغيرهم في هذا سواء فلو طلق الكافر امرأته ثلاثاً ثم نكحها ثم أسلما ومات أحدهما لم يقرا عليه ولم يتوارثا به وكذلك إن مات أحدهما قبل إسلامهما لم يتوارثا في قول الجميع، وإن تزوجها بغير شهود ثم مات أحدهما ورثه الآخر وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي رضي الله عنهما، قال زفر واللؤلؤي: لا يتوارثان. وإن تزوج امرأة في عدتها توارثا في ظاهر مذهب أحمد رضي الله عنه فإنه قال: إذا أسلما وقد نكحها في العدة أقرا عليه، وهذا قول أبي حنيفة وقال القاضي: إن أسلما بعد انقضاء العدة أقرا وإن أسلما قبل لم يقرا. فعلى هذا إن مات أحدهما قبل انقضاء العدة لم يتوارثا وإن مات بعده توارثا، وهذا قول الشافعي رضي الله عنه وتأول القاضي

رواية أحمد على من أسلم بعد انقضاء العدة، وإن تزوجها وهي حبلى من زوج أو زنا فالحكم فيه كالتي قبلها سواء لأن الزنا موجب للعدة، وبهذا قال الشافعي رضي الله عنه في الحامل من زوج. وقال أبو حنيفة وأصحابه في الحامل من زوج: لا يتوارثان. وقال أبو حنيفة والشافعي في الحامل من الزنا: يتوارثان. وقال أبو يوسف وزفر واللؤلؤي: لا يتوارثان وأصل الخلاف في الميراث الاختلاف فيما يقران عليه إذا أسلما أو تحاكما إلينا ونذكر ذلك في موضعه إن شاء الله تعالى.

فصل: فأما القرابة فيرثون بجميعها إذا أمكن ذلك نص عليه أحمد وهو قولي عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وزيد في الصحيح عنه وبه قال النخعي والثوري وقتادة وابن أبي ليلى وأبو حنيفة وأصحابه ويحيى بن آدم وإسحاق وداود والشافعي رضي الله عنهم في أحد قوليه واختاره ابن اللبان وعن زيد أنه ورثه بأقوى القرابتين وهي التي لا تسقط بحال، وبه قال الحسن والزهري والأوزاعي ومالك والليث وحماد وهو الصحيح عن الشافعي وعن عمر بن عبد العزيز ومكحول والشعبي القولان جميعاً. واحتجوا بأنهما قرابتان لا يورث بهما في الإسلام فلا يورث بهما في غيره كما لو أسقطت إحداهما الأخرى.

ولنا: إن الله تعالى فرض للأم الثلث وللأخت النصف فإذا كانت الأم أختاً وجب إعطاؤها ما فرض الله تعالى لهما في الآيتين كالشخصين ولأنهما قرابتان ترث بكل واحدة منهما منفردة لا تحجب إحداهما الأخرى ولا ترجح بها فترث بهما مجتمعين كزوج هو ابن عم أو ابن عم هو أخ من أم وكذوي الأرحام المدلين بقرابتين، وقياسهم فاسد، لأن القرابتين في الأصل تسقط إحداهما الأخرى إذا كانتا في شخصين فكذلك إذا كانتا في شخص. وقولهم: لا يورث بهما في الإسلام ممنوع، فإنه إذا وجد ذلك من وطء شبهة في الإسلام ورث بهما، ثم إن امتناع الإرث بهما في الإسلام لعدم وجودهما، ولو تصور وجودهما لورث بهما بدليل أنه قد ورث بنظيرهما في ابن عم هو زوج أو أخ من أم.

قال ابن اللبان: واعتبارهم عندي فاسد من قبل أن الجدة تكون أختاً لأب فإن ورثوها بكونها جدة لكون الابن يسقط الأخت دونها لزمهم توريثها بكونها أختاً لكون الأم تسقط الجدة دونها. وخالفوا نص الكتاب في فرض الأخت وورثوا الجدة التي لا نص للكتاب في فرضها وهو مختلف فيه، فمنهم من قال: هو طعمة وليس بفرض مستحق[1] ويلزمهم أن الميت إذا خلف أمه وأم هي أخت أن لا يورثوها شيئاً لأن الجدودة محجوبة وهي أقوى القرابتين، وإن قالوا: نورثها مع الأم بكونها أختاً نقضوا اعتبارهم بكونها أقوى القرابتين وجعلوا الإخوة تارة أقوى

---

(١) في نسخة «مسمى».

وتارة أضعف وإن قالوا: أقوى القرابتين الإخوة لأن ميراثها أوفر لزمهم في أم هي أخت جعل الأخوة أقوى من جهة الأمومة، ويلزمهم في إسقاط ميراثها مع الابن والأخ من الأبوين ما لزم القائلين بتقديم الجدودة مع الأم. فإن قالوا: توريثها بالقرابتين يفضي إلى حجب الأم بنفسها إذا كانت أختاً وللميت أخت أخرى. قلنا: وما المانع من هذا؟ فإن الله تعالى حجب الأم بالأختين بقوله: ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ﴾ [النساء: ١١] من غير تقييد بغيرها. ثم هم قد حجبوها عن ميراث الأخت بنفسها فقد دخلوا فيما أنكروه بل هو أعظم لأنهم فروا من حجب التنقيص إلى حجب الإسقاط وأسقطوا الفرض الذي هو أوفر بالكلية محافظة على بعض الفرض الأدنى وخالفوا مدلول أربعة نصوص من كتاب الله تعالى لأنهم أعطوا الأم الثلث وإنما فرض الله لها مع الأختين السدس. **والثاني**: أن الله تعالى إنما فرض لكل واحدة من الأختين ثلثاً فأعطوا إحداهما النصف كاملاً. **والثالث**: أن الله تعالى فرض للأختين الثلثين وهاتان أختان فلم يجعلوا لهما الثلثين. **الرابع**: أن مقتضى الآية أن يكون لكل واحدة من الأختين الثلث وهذه أخت فلم يعطوها بكونها أختاً شيئاً وهذا كله معنى كلام ابن اللبان.

فصل: والمسائل التي تجتمع فيها قرابتان يصح الإرث بهما ست. **إحداهن**: في الذكور وهي عم هو أخ لأم (وخمس) في الإناث وهي بنت هي أخت أو بنت ابن وأم هي أخت وأم أم هي أخت لأب وأم أب هي أخت لأم، فمن ورثهم بأقوى القرابتين ورثهم بالبنوة والأمومة دون الأخوة وبنوة الابن واختلفوا في الجدة إذا كانت أختاً فمنهم من قال: الجدودة أقوى لأنها جهة ولادة لا تسقط بالولد، ومنهم من قال: الأخوة أقوى لأنها أكثر ميراثها قال ابن سريج[1] وغيره هو الصحيح، ومن ورث بأقوى القرابتين لم يحجب الأم بأخوة نفسها إلا ما حكاه سحنون عن مالك أنه حجبها بذلك والصحيح عنه الأول ومن ورث بالقرابتين حجبها بذلك، ومتى كانت البنت أختاً والميت رجل فهي أخت لأم وإن كان امرأة فهي أخت لأب، وإن قيل: أم هي أخت لأم أو أم أم هي أخت لأم أو أم أب هي أخت لأب فهو محال.

مسائل: من ذلك مجوسي تزوج ابنته فأولدها بنتاً ثم مات عنهما فلهما الثلثان لأنهما ابنتان ولا ترث الكبرى بالزوجية شيئاً في قولهم جميعاً فإن ماتت الكبرى بعده فقد تركت بنتاً هي أخت لأب فلها النصف بالبنوة والباقي بالأخوة وإن ماتت الصغرى قبل الكبرى فقد تركت أماً هي أخت لأب فلها النصف والثلث بالقرابتين، ومن ورث بأقوى القرابتين لم يورثها بالأخوة شيئاً في المسألتين.

وقال ابن سريج: يحتمل قول الشافعي رضي الله عنه توريثها بالقرابتين في المسألتين لأنه لم يمنع توريث الشخص بفرض وتعصيب لتوريثه ابن العم إذا كان زوجاً أو أخاً لأم وإنما منع

---

(١) كانت في الأصل: ابن شريح، وهو خطأ.

الإرث بفرضين، فإن كان المجوسي أولدها بنتين ثم مات وماتت الكبرى بعده فقد تركت بنتين هما أختان لأب وإن لم تمت الكبرى بل ماتت إحدى الصغيرتين فقد تركت أختاً لأبوين وأماً هي أخت لأب فلأمها السدس بكونها أماً والسدس بكونها أختاً لأب وانحجبت بنفسها وأختها عن السدس وللأخت النصف، وعلى القول الآخر: لها الثلث بالأمومة ولا شيء لها بالأخوة ولا تنحجب بها وللأخت النصف فقد استوى الحكم في القولين، وإن اختلف طريقهما، وعلى ما حكاه سحنون لها السدس وتنحجب بنفسها وأختها، وإن أولدها المجوسي ابناً وبنتاً ثم مات وماتت الصغرى بعده فقد خلفت أماً هي أخت لأب وأخاً لأم وأب فلأمها السدس والباقي للأخ ولا شيء للأم بالأخوة لأن الأخ للأبوين يحجبها وعلى القول الآخر: للأم الثلث كاملاً، وإن تزوج المجوسي أمه فأولدها بنتاً ثم ماتت فلأمه السدس ولابنته النصف ولا ترث أمه بالزوجية شيئاً ولا ابنته بكونها أختاً لأم شيئاً، وإن ماتت الكبرى بعده فقد خلفت بنتاً هي بنت ابن فلها الثلثان بالقرابتين وعلى القول الآخر: لها النصف وإن ماتت الصغرى بعده فقد تركت أماً هي أم أب فلها الثلث بالأمومة لا غير على القولين جميعاً، وإن تزوج ابنته فأولدها ابنة ثم تزوج الصغرى فأولدها بنتاً ثم مات وماتت الكبرى بعده فقد تركت أختيها لأبيها إحداهما بنتها وبنت أبيها، والأخرى بنت بنتها فلبنتها النصف والباقي بينهما، وعلى القول الآخر: لبنتها النصف والباقي للصغرى، وإن ماتت الوسطى بعده فقد تركت أختيها إحداهما أمها والأخرى بنتها فلأمها السدس ولبنتها النصف والباقي بينهما وعلى القول الآخر: الباقي للعصبة، وإن ماتت الصغرى بعده فقد خلفت أختيها إحداهما أمها والأخرى جدتها فلأمها السدس والباقي بينهما وقد انحجبت الأم بنفسها وبأمها عن السدس، وعلى القول الآخر: من جعل الأخوة أقوى فللكبرى النصف وللوسطى الثلث والباقي للعصبة، ومن جعل الجدودة أقوى لم يورث الكبرى شيئاً لأنها لا ترث بالأخوة لكونها ضعيفة ولا بالجدودة لكونها محجوبة بالأمومة وإن ماتت الصغرى بعد الوسطى فقد خلفت جدة هي أخت لأب فلها الثلث بالقرابتين ومن ورث بإحداهما فلها السدس عند قوم وعند ابن سريج ومن وافقه لها النصف وهو اختيار الخبري، مجوسي تزوج أمه فأولدها بنتاً ثم تزوج بنته فأولدها ابناً ثم تزوج الابن جدته فأولدها بنتاً ثم مات المجوسي ثم ماتت أمه فقد خلفت بنتاً هي بنت ابن وبنتاً أخرى هي بنت ابن ابن وخلفت ابن ابن هو زوجها فلابنتها الثلثان والباقي بين الكبرى وابنها على ثلاثة وتصح من تسعة للكبرى أربعة وللصغرى ثلاثة وللذكر سهمان. وعلى القول الآخر: الباقي للذكر وحده فإن ماتت بعده بنته فإن الكبرى جدتها أم أبيها وهي أختها من أمها فلها السدسان بالقرابتين، وفي الثاني لها السدس بإحداهما.

فصل: وإن وطىء مسلم بعض محارمه بشبهة أو اشتراها وهو لا يعرفها فوطئها فولدت له واتفق مثل هذه لإنسان فالحكم فيها مثل هذا سواء.

مسألة: قال: (وإذا غرق المتوارثان أو ماتا تحت هدم فجهل أولهما موتاً ورث بعضهم من بعض).

وجملة ذلك: أن المتوارثين إذا ماتا فجهل أولهما موتاً فإن أحمد قال: اذهب إلى قول عمر وعلي وشريح وإبراهيم والشعبي: يرث بعضهم من بعض يعني من تلاد ماله دون طارفه وهو ما ورثه من ميت معه. وهذا قول من ذكره الإمام أحمد وهو قول إياس بن عبد الله المزني وعطاء والحسن وحميد الأعرج وعبد الله بن عتبة وابن أبي ليلى والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم وإسحاق وحكي ذلك عن ابن مسعود. قال الشعبي: وقع الطاعون بالشام عام عمواس فجعل أهل البيت يموتون من آخرهم فكتب في ذلك إلى عمر رضي الله عنه فكتب عمر: أن ورثوا بعضهم من بعض.

وروي عن أبي بكر الصدِّيق وزيد وابن عباس ومعاذ والحسن بن عليّ رضي الله عنهم أنهم لم يورثوا بعضهم من بعض وجعلوا ما لكل واحد للأحياء من ورثته، وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبو الزناد والزهري والأوزاعي ومالك والشافعي رضي الله عنهم وأبو حنيفة وأصحابه، ويروى ذلك عن عمر والحسن البصري وراشد بن سعد وحكيم بن عمير وعبد الرحمن بن عوف.

وروي عن أحمد ما يدل عليه فإنه قال في امرأة وابنها ماتا، فقال زوجها: ماتت فورثناها ثم مات ابني فورثته، وقال أخوها: مات ابنها فورثته ثم ماتت فورثناها حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه وكان ميراث الابن لأبيه وميراث المرأة لأخيها وزوجها نصفين. فجعل ميراث كل واحد منهما للأحياء من ورثته فيحتمل أن يجعل هذا رواية عن أحمد في جميع مسائل الباب، ويحتمل أن يكون هذا قوله فيما إذا ادعى وارث كل ميت أن موروثه كان آخرهما موتاً ويرث كل واحد منهما من الآخر إذا اتفق وراثهم على الجهل بكيفية موتهم لأن مع التداعي تتوجه اليمين فيحلف على المدعى عليه فيحلف على إبطال دعوى صاحبه ويتوفر الميراث له كما في سائر الحقوق، بخلاف ما إذا اتفقوا على الجهل فلا تتوجه يمين لأن اليمين لا يشرع في موضع اتفقوا على الجهل به. واحتج من قال بعدم توريث بعضهم من بعض بما روى سعيد حدثنا إسماعيل بن عياش عن يحيى بن سعيد: أن قتلى اليمامة وقتلى صفين والحرة لم يورثوا بعضهم من بعض وورثوا عصبتهم الأحياء.

وقال حدثنا عبد العزيز بن محمد عن جعفر بن محمد عن أبيه أن أم كلثوم بنت علي توفيت هي وابنها زيد بن عمر فالتقت الصيحتان في الطريق فلم يدر أيهما مات قبل صاحبه، فلم ترثه ولم يرثها، وأن أهل صفين وأهل الحرة لم يتوارثوا ولأن شرط التوريث حياة الوارث بعد موت الموروث وهو غير معلوم ولا يثبت التوريث مع الشك في شرطه، ولأنه لم تعلم حياته حين

موت موروثه فلم يرثه كالحمل إذا وضعته ميتاً، ولأن الأصل عدم التوريث فلا نثبته بالشك ولأن توريث كل واحد منهما خطأ يقيناً لأنه لا يخلو من أن يكون موتهما معاً أو سبق أحدهما به وتوريث السابق بالموت والميت معه خطأ يقيناً مخالف للإجماع فكيف يعمل به؟

فإن قيل: ففي قطع التوريث قطع توريث المسبوق بالموت وهو خطأ أيضاً قلنا: هذا غير متيقن لأنه يحتمل موتهما جميعاً فلا يكون فيهما مسبوق، وقد احتج بعض أصحابنا بما روى إياس بن عبد الله المزني أن النبيّ ﷺ سئل عن قوم وقع عليهم بيت؟ فقال: «يرث بعضهم بعضاً» والصحيح أن هذا إنما هو عن إياس نفسه، وأنه هو المسؤول وليس برواية عن النبيّ ﷺ هكذا رواه سعيد في سننه. وحكاه الإمام أحمد عنه. وقال أبو ثور وشريح وطائفة من البصريين: يعطى كل وارث اليقين ويوقف المشكوك فيه حتى يتبين الأمر أو يصطلحوا. وقال الخبري: هذا هو الحكم فيما إذا علم موت أحدهما قبل صاحبه ولم يذكر فيه خلافاً.

ومن مسائل ذلك: أخوان غرقا أحدهما مولى زيد والآخر مولى عمرو، من ورث كل واحد منهما من صاحبه جعل ميراث كل واحد منهما لمولى أخيه ومن لم يورث أحدهما من صاحبه جعل ميراث كل واحد منهما لمولاه. ومن قال بالوقف وقف مالهما، فإن ادعى كل واحد من الموليين أن مولاه آخرهما موتاً حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه وأخذ مال مولاه على مسألة الخرقي. وإن كانت لهما أخت فلها الثلثان من مال كل واحد منهما على القول الأول والنصف على القول الثاني. وإن خلف كل واحد منهما بنتاً وزوجة فمن لم يورث بعضهم من بعض صححها من ثمانية لامرأته الثمن ولابنته النصف والباقي لمولاه، ومن ورثهم جعل الباقي لأخيه ثم قسمه بين ورثة أخيه على ثمانية ثم ضربها في الثمانية الأولى فصحت من أربعة لامرأته ثمانية ولابنته اثنان وثلاثون ولامرأة أخيه ثمن الباقي ثلاثة ولابنته اثنا عشر ولمولاه الباقي تسعة. أخ وأخت غرقا ولهما أم وعم وزوجان فمن ورث كل واحد من صاحبه جعل ميراث الأخ بين امرأته وأمه وأخته على ثلاثة عشر فما أصاب الأخت منها فهو بين زوجها وأمها وعمها على ستة فصحت المسألتان من ثلاثة عشر لامرأة الأخ ثلاثة ولزوج الأخت ثلاثة وللأم أربعة بميراثها من الأخ واثنان بميراثها من الأخت وللعم سهم وميراث الأخت بين زوجها وأمها وأخيها على ستة، لأخيها سهم بين أمه وامرأته وعمه على اثني عشر تضربها في الأولى تكن من اثنين وسبعين والضرر في هذا القول على من يرث من أحد الميتين دون الآخر وينتفع به من يرث منهما، ثلاثة إخوة من أبوين غرقوا ولهم أم أو عصبة فقدر موت أحدهم أولاً فلأمه السدس والباقي لأخويه فتصح من اثني عشر لكل واحد من أخويه خمسة بين أمه وعصبته على ثلاثة فتضربها في الأولى تكن ستة وثلاثين للأم من ميراث الأول السدس ستة ومما ورثه كل واحد من الأخوين خمسة فصار لها ستة عشر والباقي للعصبة ولها من ميراث كل واحد من الأبوين مثل ذلك. ذكر هذه

المسألة أبو بكر. ثلاثة إخوة مفترقين غرقوا وخلف كل واحد منهم أخته لأبويه فقدر موت الأخ من الأبوين أولاً عن أخته من أبويه وأخويه من أبيه وأخويه من أمه فصحت مسألته من ثمانية عشر لأخيه من أمه منها ثلاثة بين أخته من أبويه وأخته من أمه على أربعة وأصاب الأخ من الأب منها اثنين بين أخيه من أبويه وأخته من أبيه على أربعة فتجتزىء بأحديهما وتضربها في الأولى تكن اثنين وسبعين ثم قدر موت الأخ من الأم عن أخت لأبوين وأخ وأخت لأم فمسألته من خمسة أيضاً تضربها في الأولى تكن خمسة وعشرين ثم قدر موت الأخ من الأب عن أخت لأبويه وأخ وأخت لأبيه فهي من ستة ثم مات الأخ من الأب عن ثلاث أخوات مفترقات فهي من خمسة تضربها في الأولى تكن ثلاثين فإن خلف بنتاً وأخوين فلم يقتسموا التركة حتى غرق الأخوان وخلف أحدهما امرأة وبنتاً وعماً. وخلف الآخر ابنين وبنتين الأولى من أربعة مات أحدهم عن سهم ومسألته من ثمانية لأخيه منها ثلاثة بين أولاده على ستة رجعوا إلى اثنين تضربها في ثمانية تكن ستة عشر، وفريضة الآخر من ستة يتفقان بالنصف فاضرب نصف إحداهما في الأخرى تكن ثمانية وأربعين ثم في أربعة تكن مائة واثنين وتسعين للبنت نصفها ولأولاد الأخ عن أبيهم ربعها وعن عمهم ثمانية عشر صار لهم ستة وستون ولامرأة الأخ ستة ولبنته أربعة وعشرون.

فصل: وإن علم خروج روحهما معاً في حال واحدة لم يرث أحدهما صاحبه وورث كل واحد الأحياء من ورثته لأن توريثه مشروط بحياته بعده وقد علم انتفاء ذلك. وإن علم أن أحدهما مات قبل صاحبه بعينه ثم أشكل أعطي كل وارث اليقين ووقف الباقي حتى يتبين الأمر أو يصطلحوا. قال القاضي: وقياس المذهب أن يقسم على سبيل ميراث الغرقى الذين جهل حالهم وإن ادعى ورثة كل ميت أنه آخرهما موتاً فهي مسألة الخرقي رضي الله عنه. وقد نص فيها الإمام أحمد رحمة الله عليه أن ورثة كل ميت يحلفون ويختصمون بميراثه فيحتمل أن يقاس على هذه الصورة سائر الصور فيتخرج في الجميع روايتان ويحتمل أن يختص هذا الحكم بهذه الصورة دون غيرها لأن هذه الصورة فيها مدع ومنكر واليمين على من أنكر بخلاف بقية الصور والله أعلم.

مسألة: قال: (ومن لم يرث لم يحجب).

يعني من لم يرث لمعنى فيه كالمخالف في الدين والرقيق والقاتل فهذا لا يحجب غيره في قول عامة أهل العلم من الصحابة والتابعين إلا ابن مسعود ومن وافقه فإنهم يحجبون الأم والزوجين بالولد الكافر والقاتل والرقيق ويحجبون الأم بالإخوة الذين هم كذلك، وبه قال أبو ثور وداود وتابعه الحسن في القاتل دون غيره ولعلهم تمسكوا بعموم قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ﴾. ﴿فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُمْ﴾ [النساء: ١٢]

وقوله تعالى: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ﴾ [النساء: ١١] وقوله: ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ﴾ [النساء: ١١] وهؤلاء أولاد وإخوة وعدم إرثهم لا يمنع حجبهم كالإخوة مع الأبوين يحجبون الأم ولا يرثون.

ولنا: إنه ولد لا يحجب الإخوة من الأم ولا يحجب ولده ولا الأب إلى السدس فلم يحجب غيرهم كالميت ولأنه لا يؤثر في حجب غير الأم والزوجين فلم يؤثر في حجبهم كالميت والآية أريد بها ولد من أهل الميراث بدليل أنه لما قال: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١] أراد به الوارث ولم يدخل هذا فيهم ولما قال: ﴿إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ﴾ [النساء: ١٧٦] لم يدخل هذا فيهم. وأما الإخوة مع الأب فهم من أهل الميراث بدليل أنه لولا الأب لورثوا وإنما قدم عليهم غيرهم ومنعوا مع أهليتهم لأن غيرهم أولى منهم فامتناع إرثهم لمانع لا لانتفاء المقتضي.

فصل: فأما من لا يرث لحجب غيره له فإنه يحجب وإن لم يرث، كالإخوة يحجبون الأم وهم محجوبون بالأب لأن عدم إرثهم لم يكن لمعنى فيهم ولا لانتفاء أهليتهم بل لتقديم غيرهم عليهم والمعنى الذي حجبوا به في حال إرثهم موجود مع حجبهم عن الميراث بخلاف مسألتنا. فعلى هذا إذا اجتمع أبوان وأخوان أو أختان فللأم السدس والباقي للأب ويحجب الأخوان الأم عن السدس ولا يرثون شيئاً، ولو مات رجل وخلف أباه وأم أبيه وأم أم أمه لحجب الأب أمه عن الميراث وحجبت أمه أم أم الأم على قول من يحجب الجدة بابنها والبعدى من الجدات بمن هي أقرب منها ويكون المال جميعه للأب.

فصل: في ميراث الحمل: إذا مات الإنسان عن حمل يرثه وقف الأمر حتى يتبين فإن طالب الورثة بالقسمة لم يعطوا كل المال بغير خلاف إلا ما حكي عن داود، والصحيح عنه مثل قول الجماعة ولكن يدفع إلى من لا ينقصه الحمل كمال ميراثه وإلى من ينقصه أقل ما يصيبه ولا يدفع إلى من يسقطه شيء، فأما من يشاركه فأكثر أهل العلم قالوا: يوقف للحمل شيء ويدفع إلى شركائه الباقي، وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه والليث وشريك ويحيى بن آدم وهو رواية الربيع عن الشافعي، والمشهور عنه أنه لا يدفع إلى شركائه شيء لأن الحمل لا حد له ولا نعلم كم يترك له.

وقد حكى الماوردي قال: أخبرني رجل من أهل اليمن ورد طالباً للعلم وكان من أهل الدين والفضل: أن امرأة ولدت باليمن شيئاً كان كالكرش فظن أن لا ولد فيه فألقي على قارعة الطريق فلما طلعت الشمس وحمي بها تحرك فأخذ وشق فخرج منه سبعة أولاد ذكور وعاشوا جميعاً وكانوا خلقاً سوياً إلا أنه كان في أعضادهم قصر قال: وصارعني أحدهم فصبر عني فكنت أعير به فيقال: صرعك سبع رجل.

وقد أخبرني من أثق به سنة ثمان وستمائة أو سنة تسع عن ضرير بدمشق أنه قال: ولدت امرأتي في هذه الأيام سبعة في بطن واحد ذكوراً وإناثاً وكان بدمشق أم ولد لبعض كبرائها وتزوجت بعده من كان يقرأ عليّ وكانت تلد ثلاثة في كل بطن، وقال غيره: هذا نادر ولا يعول عليه فلا يجوز منع الميراث من أجله كما لو لم يظهر بالمرأة حمل. واختلف القائلون بالوقف فيما يوقف فروي عن أحمد أنه يوقف نصيب ذكرين إن كان ميراثهما أكثر أو ابنتين إن كان نصيبهما أكثر. وهذا قول محمد بن الحسن واللؤلؤي وقال شريك: يوقف نصيب أربعة فإني رأيت بني إسماعيل أربعة ولدوا في بطن واحد محمد وعمر وعلي قال يحيى بن آدم: وأظن الرابع إسماعيل. وروى ابن المبارك هذا القول عن أبي حنيفة ورواه الربيع عن الشافعي رضي الله عنه وقال الليث وأبو يوسف: يوقف نصيب غلام ويؤخذ ضمين من الورثة.

ولنا: إن ولادة التوأمين كثير معتاد. فلا يجوز قسم نصيبهما كالواحد وما زاد عليهما نادر فلم يوقف له شيء كالخامس والسادس ومتى ولدت المرأة من يرث الموقوف كله أخذه وإن بقي منه شيء رد إلى أهله وإن أعوز شيئاً رجع على من هو في يده.

مسائل: من ذلك: امرأة حامل وبنت للمرأة الثمن وللبنت خمس الباقي وفي قول شريك: تسعة وفي قول أبي يوسف: ثلثه بضمين ولا يدفع إليها شيء في المشهور عن الشافعي رضي الله عنه وإن كان مكان البنت ابن دفع إليه ثلث الباقي أو خمسه أو نصفه على اختلاف الأقوال ومتى زادت الفروض على ثلث المال فميراث الإناث أكثر فإذا خلف أبوين وامرأة حاملاً فللمرأة ثلاثة من سبعة وعشرين وللأبوين ثمانية منها ويوقف ستة عشر، ويستوي هاهنا قول من وقف نصيب أربعة وقال أبو يوسف: تعطى المرأة ثمناً كاملاً والأبوان ثلثاً كاملاً ويؤخذ منهم ضمين، فإن كان معهم بنت دفع إليها ثلاثة عشر من مائة وعشرين وفي قول شريك: ثلاثة عشر من مائتين وستة عشر، وفي قول أبي يوسف ثلاثة عشر من اثنين وسبعين ويؤخذ من الكل ضمناء من البنت لاحتمال أن يولد أكثر من واحد ومن الباقين لاحتمال أن تعول المسألة، وعلى قولنا: يوافق بين سبعة وعشرين ومائة وعشرين بالأثلاث وتضرب ثلث إحداهما في جميع الأخرى تكن ألفاً وثمانين وتعطى البنت ثلاثة عشر في تسعة تكن مائة وسبعة عشر وللأبوين والمرأة أحد عشر في أربعين وما بقي فهو موقوف. زوج وأم حامل من الأب المسألة من ثمانية للزوج ثلاثة وللأم سهم ويوقف أربعة وقال أبو يوسف: هي من ثمانية يدفع إلى الزوج ثلاثة وإلى الأم سهمان وتقف ثلاثة وتأخذ منها ضميناً هكذا حكى الخبري عنه، فإن كان في المسألة من يسقط بولد الأبوين كعصبة أو أحد من ولد الأب لم يعط شيئاً، ولو كان في هذه المسألة جد فللزوج الثلث وللأم السدس وللجد السدس والباقي موقوف، وقال أبو حنيفة: للزوج النصف وللأم السدس وللجد السدس ويوقف السدس بين الجد والأم ولا شيء للحمل لأن

الجد يسقطه وأبو يوسف يجعلها من سبعة وعشرين ويقف أربعة أسهم، وحكي عن شريك أنه كان يقول بقول علي في الجد: فيقف هاهنا نصيب الإناث فيكون عنده من تسعة وتقف منها أربعة، ولو لم يكن فيها زوج كان للأم السدس وللجد ثلث الباقي وتقف عشرة من ثمانية عشر وعند أبي حنيفة للجد الثلثان وللأم السدس ويوقف[1] السدس بينهما، قول أبي يوسف: يقف الثلث ويعطى كل واحد منها ثلثاً ويؤخذ منهما ضمين، ومتى خلف ورثة وأماً تحت الزوج فينبغي للزوج الإمساك عن وطئها ليعلم أحامل هي أم لا؟ كذا روي عن علي وعمر بن عبد العزيز والشعبي والنخعي وقتادة في آخرين، وإن وطئها قبل استبرائها فأتت بولد لأقل من ستة أشهر ورث لأننا نعلم أنها كانت حاملاً به، وإن ولدته لأكثر من ذلك لم ترث إلا أن يقر الورثة أنها كانت حاملاً به يوم موت ولدها.

فصل: ولا يرث الحمل إلا بشرطين:

أحدهما: أن يعلم أنه كان موجوداً حال الموت ويعلم ذلك بأن تأتي به لأقل من ستة أشهر، فإن أتت به لأكثر من ذلك نظرنا فإن كان لها زوج أو سيد يطؤها لم يرث إلا أن يقل الورثة إنه كان موجوداً حال الموت، وإن كانت لا توطأ إما لعدم الزوج أو السيد وإما لمغيبتهما أو اجتنابهما الوطء عجزاً أو قصداً أو غيره ورث ما لم يجاوز أكثر مدة الحمل وذلك أربع سنين في أصح الروايتين، وفي الأخرى سنتان.

والثاني: أن تضعه حياً فإن وضعته ميتاً لم يرث في قولهم جميعاً، واختلف فيما يثبت به الميراث من الحياة واتفقوا على أنه إذا استهل صارخاً ورث وورث، وقد روى أبو داود بإسناده عن أبي هريرة عن النبيّ ﷺ أنه قال: «إذا استهل المولود ورث»، وروى ابن ماجة بإسناده عن جابر عن النبيّ ﷺ مثله، واختلفوا فيما سوى الاستهلال، فقالت طائفة: لا يرث حتى يستهل ولا يقوم غيره مقامه ثم اختلفوا في الاستهلال ما هو؟ فقالت طائفة: لا يرث حتى يستهل صارخاً. فالمشهور عن أحمد رضي الله عنه أنه لا يرث حتى يستهل، وروي ذلك عن ابن عباس والحسن بن علي وأبي هريرة وجابر وسعيد بن المسيب وعطاء وشريح والحسن وابن سيرين والنخعي والشعبي وربيعة ويحيى بن سعيد وأبي سلمة بن عبد الرحمن ومالك وأبي عبيد وإسحاق، لأن مفهوم قول النبيّ ﷺ: «إذا استهل المولود ورث» أنه لا يرث بغير الاستهلال وفي لفظ ذكره ابن سراقة عن النبيّ ﷺ أنه قال في الصبي المنفوس: «إذا وقع صارخاً فاستهل ورث وتمت ديته وسمي وصلي عليه وإن وقع حياً ولم يستهل صارخاً لم تتم ديته وفيه غرة عبد أو أمة على العاقلة» ولأن الاستهلال لا يكون إلا من حي والحركة تكون من غير حي فإن اللحم يختلج سيما إذا خرج من مكان ضيق فتضامت أجزاؤه ثم خرج إلى مكان فسيح فإنه يتحرك من

(١) في نسخة: ويورث.

غير حياة فيه ثم إن كانت فيه حياة فلا نعلم كونها مستقرة لاحتمال أن تكون كحركة المذبوح فإن الحيوانات تتحرك بعد الذبح حركة شديدة وهي في حكم الميت، واختلف في الاستهلال ما هو؟ فقيل: الصراخ خاصة وهذا قول من ذكرنا في هذه المسألة. ورواه أبو الخطاب عن أحمد فقال: لا يرث إلا من استهل صارخاً، وإنما سمي الصراخ من الصبي الاستهلال تجوزاً والأصل فيه أن الناس إذا رأوا الهلال صاحوا عند رؤيته واجتمعوا وأراه بعضهم بعضاً فسمي الصوت عند استهلال الهلال استهلالاً ثم سمي الصوت من الصبي المولود استهلالاً، لأنه صوت عند وجود شيء يجتمع له ويفرح به. وروى يوسف بن موسى عن أحمد أنه قال: يرث السقط ويورث إذا استهل. فقيل له: ما استهلاله؟ قال: إذا صاح أو عطس أو بكى. فعلى هذا كل صوت يوجد منه تعلم به حياته فهو استهلال وهذا قول الزهري والقاسم بن محمد لأنه صوت علمت به حياته فأشبه الصراخ.

وعن أحمد رواية ثالثة: إذا علمت حياته بصوت أو حركة أو رضاع أو غيره ورث وثبت له أحكام المستهل لأنه حي فتثبت له أحكام الحياة كالمستهل وبهذا قال الثوري والأوزاعي والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وداود، وإن خرج بعضه حياً فاستهل ثم انفصل باقيه ميتاً لم يرث وبهذا قال الشافعي رضي الله عنه. وقال أبو حنيفة وأصحابه: إذا خرج أكثره فاستهل ثم مات ورث لقوله عليه السلام: «إذا استهل المولود ورث».

ولنا: إنه لم يخرج جميعه فأشبه ما لو مات قبل خروج أكثره.

فصل: وإن ولدت توأمين فاستهل أحدهما ولم يعلم بعينه فإن كانا ذكرين أو أنثيين أو ذكراً وأنثى لا يختلف ميراثهما فلا فرق بينهما، وإن كانا ذكراً وأنثى يختلف ميراثهما فقال القاضي: من أصحابنا من قال: يقرع بينهما فمن أخرجته القرعة جعل المستهل كما لو طلق إحدى نسائه فلم تعلم بعينها ثم مات أخرجت بالقرعة. وقال الخبري: ليس في هذا عن السلف نص وقال الفرضيون: تعمل المسألة على الحالين ويعطى كل وارث اليقين ويوقف الباقي حتى يصطلحوا عليه، ويحتمل أن يقسم بينهم على حسب الاحتمال.

ومن مسائل ذلك: رجل خلف أمه وأخاه وأم ولد حاملاً منه فولدت توأمين ذكراً وأنثى فاستهل أحدهما ولم يعلم بعينه فقيل: إن كان الابن المستهل فللأم السدس والباقي له ترث أمه ثلثه والباقي لعمه فاضرب ثلاثة في ستة تكن ثمانية عشر لأم الميت ثلاثة ولأم الولد خمسة وللعم عشرة، وإن كانت البنت المستهلة فالمسألة من ستة فتموت البنت عن ثلاثة لأمها سهم ولعمها سهمان والستة تدخل في ثمانية عشر فمن له شيء من الثمانية عشر مضروب في واحد ومن له شيء من الستة مضروب في ثلاثة فسدس الأم لا يتغير وللعم من الستة أربعة في ثلاثة اثنا عشر وله من الثمانية عشر عشرة في واحد فهذا اليقين فيأخذه ولأم الولد خمسة في سهم وسهم في ثلاثة

فيأخذها ويقف سهمين بين الأخ وأم الولد حتى يصطلحا عليها ويحتمل أن يقتسماها بينهما. امرأة حامل وعم ولدت المرأة ابناً وبنتاً واستهل أحدهما ولم يعلم فالمسألتان من أربعة وعشرين إذا أعطيت كل واحد أقل من نصيبه بقيت ثلاثة موقوفة، فإن كان معهما بنت فكل واحدة من المسألتين من اثنين وسبعين والموقوف اثنا عشرة امرأة وعم وأم حامل من الأب ولدت ابناً وبنتاً فاستهل أحدهما فإن كان المستهل الأخ فهي من ستة وثلاثين، وإن كانت الأخت المستهلة فهي من ثلاثة عشر فالمسألتان متباينتان فاضرب إحداهما في الأخرى تكن أربعمائة وثمانية وستين وكل من له شيء من إحدى المسألتين مضروب في الأخرى فيدفع لكل واحد أقل النصيبين يبقى أربعة عشر منها تسعة بين المرأة والعم وخمسة بين الأم والعم، فإن كانت المرأة والأم حاملين فوضعتا معاً فاستهل أحدهما فكل واحدة منهما ترجع إلى ستة وثلاثين فيعطى كل وارث أقل النصيبين ويبقى أحد عشر منها أربعة موقوفة بين الزوجة والأم وسبعة بين الأم والعم.

فصل: وإذا ولدت الحامل توأمين فسمع الاستهلال من أحدهما ثم سمع مرة أخرى فلم يدر أهو من الأول أو من الثاني؟ فيحتمل أن يثبت الميراث لمن علم استهلاله دون من شككنا فيه لأن الأصل عدم استهلاله. فعلى هذا الاحتمال إن علم المستهل بعينه فهو الوارث وحده وإن جهل عينه كان كما لو استهل واحد منهما لا بعينه. وقال الفرضيون: يعمل على الأحوال فيعطى كل وارث اليقين ويوقف الباقي.

ومن مسائل ذلك: أم حامل وأخت لأب وعم ولدت الأم بنتين فاستهلت إحداهما ثم سمع الاستهلال مرة أخرى فلم يدر هل استهلت الأخرى أو تكرر من واحدة؟ فقيل: إن كان منهما جميعاً فقد ماتتا عن أربعة من ستة ولا يعلم أولهما موتاً فحكمهما حكم الغرقى فمن ذهب إلى أنه لا تورث إحداهما من الأخرى قال: قد خلفا أماً وأختاً وعماً فتصح من ثمانية عشر وإن كان الاستهلال من واحدة فقد ماتت عن ثلاثة من ستة فتصح من اثني عشر وبينهما موافقة بالسدس فتصير ستة وثلاثين للأم اثنا عشر وللأخت كذلك وللعم تسعة ونقف ثلاثة تدعي الأم منها سهمين والعم سهماً وتدعيها الأخت كلها فيكون سهمان بينهما وبين الأم وسهم بينها وبين العم. زوج وجد وأم حامل ولدت ابناً وبنتاً فاستهل أحدهما ثم سمع الاستهلال مرة أخرى فلم يدر ممن هو؟ فإن كان الاستهلال تكرر من البنت فهي الأكدرية وماتت عن أربعة بين أمها وجدها، فتصح من أحد وثمانين، وإن تكرر من الأخ لم يرث شيئاً والمسألة من ستة للجد منها سهم وإن كان منهما فللأم السدس وللزوج النصف وللجد السدس ولهما السدس على ثلاثة فتصح من ثمانية عشر والثلاثة التي لهما بين الجد والأم على ثلاثة فصار للأم أربعة وللجد خمسة وثمانية عشر توافق أحداً وثمانين بالأتساع فتصير مائة واثنين وستين للزوج حقه من الأكدرية أربعة وخمسون وللأم تسعا المال من مسألة استهلالهما معاً ستة وثلاثون وللجد السدس

من مسألة استهلال الأخ وحده سبعة وعشرون يبقى خمسة وأربعون يدعي الزوج منها سبعة وعشرين والأم ثمانية عشر ويدعي منها الجد سبعة وثلاثين وتعول الثمانية الفاضلة للأم. فيحتمل أن تدفع إليها لأن الزوج والجد يقران لها بها.

فصل: وإذا ضرب بطن حامل فأسقطت فعلى الضارب غرة موروثة عن الجنين كأنه سقط حياً وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والشافعي وسائر الفقهاء إلا شيئاً يحكى عن ربيعة والليث وهو شذوذ لا يعرج عليه، فإن قيل: فكيف تورثون منه وهو لا يرث؟ قلنا: نورث منه لأن الواجب يدل عنه فورثته ورثته كدية غير الجنين وأما توريثه فمن شروطه كونه حياً حين موت موروثه ولا يتحقق ذلك فلا نورثه مع الشك في حياته.

فصل: ودية المقتول موروثة عنه كسائر أمواله إلا أنه اختلف فيه عن عليّ فروي عنه مثل قول الجماعة وعنه لا يرثها إلا عصباته الذين يعقلون عنه وكان عمر يذهب إلى هذا ثم رجع عنه لما بلغه عن النبيّ ﷺ توريث المرأة من دية زوجها قال سعيد: حدثنا سفيان حدثنا الزهري سمع سعيد بن المسيب يقول: كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقول: الدية للعاقلة ولا ترث المرأة من دية زوجها شيئاً. فقال له الضحاك الكلابي: كتب إلي رسول الله ﷺ: أن أورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها أشيم، قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح، وروى الإمام أحمد بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، أن النبيّ ﷺ قضى أن العقل ميراث بين ورثة القتيل على فرائضهم. وبإسناده عن ابن عباس أن النبيّ ﷺ قال: «المرأة ترث من مال زوجها وعقله، ويرث هو من مالها وعقلها ما لم يقتل واحد منهما صاحبه» إلا أن في إسناده رجلاً مجهولاً. وقال إبراهيم: قال رسول الله ﷺ: «الدية على الميراث والعقل على العصبة» وقال أبو ثور: هي على الميراث ولا تقضى منها ديونه ولا تنفذ منها وصاياه. وعن أحمد نحو من هذا وقد ذكر الخرقي فيمن أوصى بثلث ماله لرجل فقتل وأخذت ديته فللموصى له بالثلث ثلث الدية في إحدى الروايتين. والأخرى ليس لمن أوصى له بالثلث من الدية شيء، ومبنى هذا على أن الدية ملك الميت أو على ملك الورثة ابتداء وفيه روايتان:

إحداهما: أنها تحدث على ملك الميت لأنها بدل نفسه فيكون بدلها له كدية أطرافه المقطوعة منه في الحياة، ولأنه لو أسقطها عن القاتل بعد جرحه إياه كان صحيحاً وليس له إسقاط حق الورثة. ولأنها مال موروث فأشبهت سائر أمواله والأخرى أنها تحدث على ملك الورثة ابتداء لأنها إنما تستحق بعد الموت وبالموت تزول أملاك الميت الثابتة له ويخرج عن أن يكون أهلاً للملك. وإنما يثبت الملك لورثته ابتداء، ولا أعلم خلافاً في أن الميت يجهز منها إن كان قبل تجهيزه لأنه لو لم يكن له شيء لوجب تجهيزه على من عليه نفقته لو كان فقيراً فأولى أن يجب ذلك في ديته.

فصل: في ميراث المفقود وهو نوعان. **أحدهما**: الغالب من حاله الهلاك وهو من يفقد في مهلكة كالذي يفقد بين الصفين وقد هلك جماعة أو في مركب انكسر فغرق بعض أهله أو في مفازة يهلك فيها الناس أو يفقد من بين أهله أو يخرج لصلاة العشاء أو غيرها من الصلوات أو لحاجة قريبة فلا يرجع ولا يعلم خبره فهذا ينتظر به أربع سنين فإن لم يظهر له خبر قسم ماله واعتدت امرأته عدة الوفاة وحلت للأزواج نص عليه الإمام أحمد وهذا اختيار أبي بكر، وذكر القاضي أنه لا يقسم ماله حتى تمضي عدة الوفاة بعد الأربع سنين لأنه الوقت الذي يباح لامرأته التزوج فيه، والأول أصح لأن العدة إنما تكون بعد الوفاة فإذا حكم بوفاته فلا وجه للوقوف عن قسم ماله، وإن مات للمفقود من يرثه قبل الحكم بوفاته وقف للمفقود نصيبه من ميراثه وما يشك في مستحقه وقسم باقيه، فإن بان حياً أخذه ورد الفضل إلى أهله، وإن علم أنه مات بعد موت موروثه دفع نصيبه مع ماله إلى ورثته، وإن علم أنه كان ميتاً حين موت موروثه رد الموقوف إلى ورثة الأول، وإن مضت المدة ولم يعلم خبره رد أيضاً إلى ورثة الأول لأنه مشكوك في حياته حين موت موروثه فلا نورثه مع الشك كالجنين الذي يسقط ميتاً. وكذلك إن علمنا أنه مات ولم يدر متى مات ولم يفرق سائر أهل العلم بين هذه الصورة وبين سائر صور الفقدان فيما علمنا إلا أن مالكاً والشافعي رضي الله عنهما في القديم وافقا في الزوجة أنها تتزوج خاصة والأظهر من مذهبه مثل قول الباقين، فأما ماله فاتفقوا على أنه لا يقسم حتى تمضي مدة لا يعيش في مثلها على ما سنذكره في الصورة الأخرى إن شاء الله تعالى. لأنه مفقود لا يتحقق موته فأشبه التاجر والسائح.

ولنا: اتفاق الصحابة رضي الله عنهم على تزويج امرأته على ما ذكرناه في العدد وإذا ثبت ذلك في النكاح مع الاحتياط للأبضاع، ففي المال أولى. ولأن الظاهر هلاكه فأشبه ما لو مضت مدة لا يعيش في مثلها. **النوع الثاني**: من ليس الغالب هلاكه كالمسافر لتجارة أو طلب علم أو سياحة ونحو ذلك، ولم يعلم خبره، ففيه روايتان:

إحداهما: لا يقسم ماله ولا تتزوج امرأته حتى يتيقن موته، أو يمضي عليه مدة لا يعيش في مثلها، وذلك مردود إلى اجتهاد الحاكم، وهذا قول الشافعي رضي الله عنه ومحمد بن الحسن، وهو المشهور عن مالك وأبي حنيفة وأبي يوسف، لأن الأصل حياته، والتقدير: لا يصار إليه إلا بتوقيف، ولا توقيف هاهنا، فوجب التوقف عنه.

والرواية الثانية: أنه ينتظر به تمام تسعين سنة مع سنة يوم فقد، وهذا قول عبد الملك بن الماجشون. لأن الغالب أنه لا يعيش أكثر من هذا، وقال عبد الله بن عبد الحكم: ينتظر به إلى تمام سبعين سنة مع سنه يوم فقد ولعله يحتج بقول النبيّ ﷺ: «أعمار أمتي ما بين السبعين والستين»، أو كما قال: ولأن الغالب أنه لا يعيش أكثر من هذا، فأشبه التسعين.

وقال الحسن بن زياد: ينتظر به تمام مائة وعشرين سنة. قال: ولو فقد وهو ابن ستين سنة وله مال لم يقسم ماله حتى يمضي عليه ستون سنة أخرى، فيكون له مع سنه يوم فقد مائة وعشرون سنة فيقسم ماله حينئذ بين ورثته إن كانوا أحياء وإن مات بعض ورثته قبل مضي مائة وعشرين، وخلف ورثة لم يكن لهم شيء من مال المفقود، وكان ماله للأحياء من ورثته، ويوقف للمفقود حصته من مال موروثه الذي مات في مدة الانتظار، فإن مضت المدة ولم يعلم خبر المفقود، رد الموقوف إلى ورثة موروث المفقود، ولم يكن لورثة المفقود. قال اللؤلؤي: وهذا قول أبي يوسف. وحكى الخبري عن اللؤلؤي أنه قال: إن الموقوف للمفقود، وإن لم يعلم خبره يكون لورثته. قال: وهو الصحيح عندي، والذي ذكرناه هو الذي حكاه ابن اللبان عن اللؤلؤي، فقال: لو ماتت امرأة المفقود قبل تمام مائة وعشرين سنة بيوم أو بعد فقده بيوم، وتمت مائة وعشرون سنة لم تورث منه شيئاً، ولم نورثه منها لأننا لا نعلم أيهما مات أولاً، وهذا قياس قول من قال في الغرقى: إنه لا يورث أحدهم من صاحبه، ويرث كل واحد الأحياء من ورثته.

قال القاضي: هذا قياس قول أحمد، واتفق الفقهاء على أنه لا يرث المفقود إلا الأحياء من ورثته يوم قسم ماله، لا من مات قبل ذلك. ولو بيوم. واختلفوا فيمن مات وفي ورثته مفقود، فمذهب أحمد وأكثر الفقهاء على أنه يعطى كل وارث من ورثته اليقين ويوقف الباقي حتى يتبين أمره، أو تمضي مدة الانتظار فتعمل المسألة على أنه حي، ثم على أنه ميت، وتضرب إحداهما في الأخرى إن تباينتا، أو في وفقها إن اتفقتا، وتجتزىء إحداهما إن تماثلتا، أو بأكثرهما إن تناسبتا، وتعطي كل واحد أقل النصيبين، ومن لا يرث إلا من أحدهما لا تعطيه شيئاً وتقف الباقي.

ولهم أن يصطلحوا على ما زاد على نصيب المفقود، واختاره ابن اللبان لأنه لا يخرج عنهم، وأنكر ذلك الوني وقال: لا فائدة في أن ينقص بعض الورثة عما يستحقه في مسألة الحياة وهي منتفية، ثم يقال له: لك أن تصالح على بعضه، بل إن جاز ذلك، فالأولى أن نقسم المسألة على تقدير الحياة ونقف نصيب المفقود لا غير، والأول أصح إن شاء الله، فإن الزائد عن نصيب المفقود من الموقوف مشكوك في مستحقه، ويقين الحياة معارض بظهور الموت، فينبغي أن يوقف كالزائد عن اليقين في مسائل الحمل والاستهلال، ويجوز للورثة الموجودين الصلح عليه لأنه حقهم لا يخرج عنهم وإباحة الصلح عليه لا تمنع وجوب وقفه كما تقدم في نظائره، ووجوب وقفه لا يمنع الصلح عليه لذلك، ولأن تجويز أخذ الإنسان حق غيره برضاه وصلحه لا يلزم منه جواز أخذه بغير إذنه، وظاهر قول الوني هذا أن تقسم المسألة على أنه حي، ويقف نصيبه لا غير، وقال بعض أصحاب الشافعي رضي الله عنه: يقسم المال على الموجودين لأنهم متحققون، والمفقود مشكوك فيه، فلا يورث مع الشك. وقال محمد بن الحسن: القول قول من المال في يده، فلو مات رجل وخلف ابنتيه، وابن ابن أبوه مفقود، والمال في يد الابنتين، فاختصموا إلى القاضي، فإنه لا ينبغي للقاضي أن يحول المال عن موضعه ولا يقف منه شيئاً،

سواء اعترفت الابنتان بفقده، أو ادعتا موته. وإن كان المال في يد ابن المفقود، لم يعط الابنتان إلا النصف، أقل ما يكون لهما، وإن كان المال في يد أجنبي، فأقر بأن الابن مفقود وقف له النصف في يديه، وإن قال الأجنبي: قد مات المفقود، لزمه دفع الثلثين إلى البنتين ويوقف الثلث، إلا أن يقر ابن الابن بموت أبيه فيدفع إليه الباقي، والجمهور على القول الأول.

ومن مسائل ذلك: زوج وأم وأخت وجد وأخ مفقود. مسألة الموت من سبعة وعشرين، لأنها مسألة الأكدرية، ومسألة الحياة من ثمانية عشر وهما يتفقان بالأتساع، فتضرب تسع إحداهما في الأخرى، تكن أربعة وخمسين، للزوج النصف من مسألة الحياة، والثلث من مسألة الموت فيعطى الثلث، وللأم التسعان من مسألة الموت، والسدس من مسألة الحياة، فتعطى السدس. وللجد ستة عشر سهماً من مسألة الموت، وتسعة من مسألة الحياة، فيأخذ التسعة، وللأخت ثمانية من مسألة الموت، وثلاثة من مسألة الحياة، فتأخذ ثلاثة ويبقى خمسة عشر موقوفه إن بان، أن الأخ حي أخذ ستة، وأخذ الزوج تسعة، وإن بان ميتاً أو مضت المدة قبل قدومه، أخذت الأم ثلاثة، والأخت خمسة والجد سبعة، واختار الخبري أن المدة إذا مضت، ولم يتبين أمره أن يقسم نصيبه من الموقوف على ورثته، فإنه كان محكوماً بحياته لأنها اليقين، وإنما حكمنا بموته بمضي المدة.

ولنا: إنه مال موقوف لمن ينتظر ممن لا يعلم حاله، فإذا لم تتبين حياته، لم يكن لورثته كالموقوف للحمل، وللورثة أن يصطلحوا على التسعة قبل مضي المدة. زوج وأبوان وابنتان مفقودتان، مسألة حياتهما من خمسة عشر، وفي حياة أحدهما من ثلاثة عشر، وفي موتهما من ستة، فتضرب ثلث الستة في خمسة عشر، ثم في ثلاثة عشر، تكن ثلاثمائة وتسعين، ثم تعطي الزوج والأبوين حقوقهم من المسألة الحياة مضروباً في اثنين، ثم في ثلاثة عشر، وتقف الباقي، وإن كان في المسألة ثلاثة مفقودون عملت لهم أربع مسائل، وإن كانوا أربعة عملت لهم خمس مسائل، وعلى هذا. وإن كان المفقود يحجب ولا يرث كزوج وأخت من أبوين وأخت من أب وأخ لها مفقود، وقفت السبع بينهما، وبين الزوج والأخت من الأبوين. وقيل: لا يوقف هاهنا شيء وتعطى الأخت من الأب السبع لأنها لا تحجب بالشك، كما لا ترث بالشك، والأول أصح، لأن دفع السبع إليها توريث بالشك وليس في الوقف حجب يقيناً إنما هو توقف عن صرف المال إلى إحدى الجهتين المشكوك فيهما، ويعارض قول هذا القائل قول من قال: إن اليقين حياته، فيعمل على أنه حي ويدفع المال إلى الزوج والأخت من الأبوين، والتوسط بما ذكرناه أولى. والله أعلم.

فصل: والأسير كالمفقود، إذا انقطع خبره وإن علمت حياته، ورث في قول الجمهور. وحكي عن سعيد بن المسيب أنه لا يرث لأنه عبد، وحكي ذلك عن النخعي وقتادة. والصحيح الأول، والكفار لا يملكون الأحرار، والله أعلم.

فصل: في التزويج في المرض والصحة، حكم النكاح في المرض والصحة سواء في صحة العقد وتوريث كل واحد منهما من صاحبه في قول الجمهور، وبه قال أبو حنيفة والشافعي رضي الله عنه وقال مالك: أي الزوجين كان مريضاً مرضاً مخوفاً حال عقد النكاح فالنكاح فاسد، لا يتوارثان به إلا أن يصيبها فيكون لها المسمى في ثلاثة مقدماً على الوصية، وعن الزهري ويحيى بن سعيد مثله، واختلف أصحاب مالك في نكاح من لم يرث، كالأمة والذمية، فقال بعضهم: يصح لئلا يتهم بقصد توريثها. ومنهم من أبطله لجواز أن تكون وارثة، وقال ربيعة وابن أبي ليلى: الصداق والميراث من الثلث. وقال الأوزاعي: النكاح صحيح، ولا ميراث بينهما. وعن القاسم بن محمد والحسن: إن قصد الإضرار بورثته فالنكاح باطل، وإلا فهو صحيح.

ولنا: إنه عقد معاوضة يصح في الصحة فيصح في المرض كالبيع ولأنه نكاح صدر من أهله في محله بشرطه فيصح كحال الصحة، وقد روينا أن عبد الرحمٰن ابن أم الحكم تزوج في مرضه ثلاث نسوة، أصدق كل واحدة ألفاً ليضيق بهن على امرأته ويشركها في ميراثها فأجيز ذلك. وإذا ثبت صحة النكاح ثبت الميراث بعموم الآية.

فصل: ولا فرق في ميراث الزوجين بين ما قبل الدخول وبعده لعموم الآية، ولأن النبيّ ﷺ: «قضى لبروع بنت واشق بالميراث وكان زوجها مات عنها قبل أن يدخل بها ولم يفرض لها صداقاً» ولأن النكاح صحيح ثابت فيورث به كما بعد الدخول.

فصل: فأما النكاح الفاسد فلا يثبت به التوارث بين الزوجين لأنه ليس بنكاح شرعي. وإذا اشتبه من نكاحها فاسد بمن نكاحها صحيح فالمنقول عن أحمد أنه قال فيمن تزوج أختين لا يدري أيتهما تزوج أول فإنه يفرق بينهما وتوقف عن أن يقول في الصداق شيئاً، قال أبو بكر: يتوجه على قوله أن يقرع بينهما، فعلى هذا الوجه يقرع بينهما في الميراث إذا مات عنهما. وعن النخعي والشعبي ما يدل على أن المهر والميراث يقسم بينهن على حسب الدعاوى والتنزيل كميراث الخناثى. وهو قول أبي حنيفة وأصحابه وقال الشافعي رضي الله عنه: يوقف المشكوك فيه من ذلك حتى يصطلحن عليه أو يتبين الأمر. فلو تزوج امرأة في عقد وأربعاً في عقد ثم مات وخلف أخاً ولم يعلم أي العقدين سبق ففي قول أبي حنيفة: كل واحدة تدعي مهراً كاملاً ينكره الأخ فتعطى كل واحدة نصف مهر ويؤخذ ربع الباقي تدعيه الواحدة والأربع فيقسم الواحد نصفه وللأربع نصفه، وعند الشافعي رضي الله عنه أكثر ما يجب عليه أربعة مهور فيأخذ ذلك يوقف منها مهر بين النساء الخمس ويبقى ثلاثة تدعي الواحدة ربعها ميراثاً ويدعي الأخ ثلاثة أرباعها فيوقف منها ثلاثة أرباع مهر بين النساء الخمس وباقيها وهو مهران وربع بين الأربع وبين الأخ ثم يؤخذ ربع ما بقي فيوقف بين النساء الخمس والباقي للأخ، وإن تزوج امرأة في

عقد واثنتين في عقد وثلاثاً في عقد ولم يعلم السابق فالواحدة نكاحها صحيح فلها مهرها ويبقى الشك في الخمس. فعلى قول أهل العراق لهن مهران بيقين والثالث لهن في حال دون حال فيكون لهن نصفه ثم يقسم ذلك بينهن لكل واحدة نصف مهر ثم يؤخذ ربع الباقي لهن ميراثاً فللواحدة ربعه يقيناً وتدعي نصف سدسه فتعطى نصفه فيصير لها من الربع سدسه وثمنه وذلك سبعة من أربعة وعشرين والاثنتان تدعيان ثلثيه وهو ستة عشر سهماً فيعطين نصفه وهو ثمانية أسهم، والثلاث يدعين ثلاثة أرباعه وهو ثمانية عشر سهماً فيعطين تسعه. وهذا قول محمد بن الحسن.

وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف تقسم السبعة عشر بين الثلاث والاثنتين نصفين فيصير الربع من ثمانية وأربعين سهماً ثم تضرب الاثنين في الثلاث ثم في الثمانية والأربعين تكن مائتين وثمانية وثمانين فهذا ربع المال، وعند الشافعي تعطى الواحدة مهرها ويوقف ثلاثة مهور: مهران منها بين الخمس ومهر تدعيه الواحدة والاثنتان ربعه ميراثاً وتدعيه الثلاث مهراً وثلاثة أرباعه تدعيه الأخرى ميراثاً وتدعيه الثلاث مهراً، ويؤخذ ربع ما بقي فيدفع ربعه إلى الواحدة ونصف سدسه بين الواحدة والثلاث موقوف وثلثاه بين الثلاث والاثنتين موقوف فإن طلبت واحدة من الخمس شيئاً من الميراث الموقوف لم يدفع إليها شيء. وكذلك إن طلبه أحد الفريقين لم يدفع إليه شيء، وإن طلبت واحدة من الثلاث وواحدة من الاثنتين دفع إليهما ربع الميراث وإن طلبته واحدة من الاثنتين واثنتان من الثلاث أو الثلاث كلهن دفع إليهن ثلثه، وإن عين الزوج المنكوحات أولاً قبل تعيينه وثبت، وإن وطىء واحدة منهن لم يكن ذلك تعييناً لها وهذا قول الشافعي رضي الله عنه وللموطوءة الأقل من المسمى أو مهر المثل فيكون الفضل بينهما موقوفاً، وعلى قول أهل العراق: يكون تعييناً. فإن كانت الموطوءة من الاثنتين صح نكاحها وبطل نكاح الثلاث، وإن كانت من الثلاث بطل نكاح الاثنتين، وإن وطىء واحدة من الاثنتين وواحدة من الثلاث صح نكاح الفريق المبدوء بوطء واحدة منه وللموطوءة التي لم يصح نكاحها مهر مثلها. فإن أشكل أيضاً أخذ منه اليقين وهو مهران مسميان ومهر مثل ويبقى مهر مسمى تدعيه النسوة وينكره الأخ فيقسم بينهما فيحصل للنسوة مهر مثل ومسميان ونصف منها مهر مسمى ومهر مثل يقسم بين الموطوءتين نصفين ويبقى مسمى ونصف بين الثلاث الباقيات لكل واحدة نصف مسمى والميراث على ما تقدم. وعند الشافعي لا حكم للوطء في التعيين وهل يقوم تعيين الوارث مقام تعيين الزوج؟ فيه قولان، فعلى قوله: يؤخذ مسمى ومهر مثل للموطوءتين تعطى كل واحدة الأقل من المسمى أو مهر المثل ويقف الفضل بينهما ويبقى مسميان ونصف يقف أحدهما بين الثلاث اللاتي لم يوطأن وآخر بين الثلاث والاثنتين والميراث على ما تقدم.

وحكي عن الشعبي والنخعي فيمن له أربع نسوة بتَّ طلاق إحداهن ثم نكاح خامسة ومات ولم يدر أيتهن طلق فللخامسة ربع الميراث وللأربع ثلاثة أرباعه بينهن. وهذا مذهب أبي حنيفة إذا كان نكاح الخامسة بعد انقضاء عدة المطلقة، ولو أنه قال بعد نكاح الخامسة: إحدى نسائي طالق ثم نكح سادسة ثم مات قبل أن يبين فللسادسة ربع الميراث وللخامسة ربع ثلاثة الأرباع الباقي وما بقي بين الأربع الأول أرباعاً. وفي قول الشافعي رضي الله عنه ما أشكل من ذلك موقوف على ما تقدم.

فصل: في الطلاق

إذا طلق الرجل امرأته طلاقاً يملك رجعتها في عدتها لم يسقط التوارث بينهما ما دامت في العدة، سواء كان في المرض أو الصحة بغير خلاف نعلمه، وروي ذلك عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم. وذلك لأن الرجعية زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وإيلاؤه ويملك إمساكها بالرجعة بغير رضاها ولا ولي ولا شهود ولا صداق جديد، وإن طلقها في الصحة طلاقاً بائناً أو رجعياً فبانت بانقضاء عدتها لم يتوارثا إجماعاً، وإن كان الطلاق في المرض المخوف ثم مات من مرضه ذلك في عدتها ورثته ولم يرثها إن ماتت، يروى هذا عن عمر وعثمان رضي الله عنهما. وبه قال عروة وشريح والحسن والشعبي والنخعي والثوري وأبو حنيفة في أهل العراق ومالك في أهل المدينة وابن أبي ليلى. وهو قول الشافعي رضي الله عنه في القديم.

وروي عن عتبة بن عبد الله بن الزبير لا ترث مبتوتة. وروي ذلك عن علي وعبد الرحمن بن عوف وهو قول الشافعي الجديد لأنها بائن فلا ترث كالبائن في الصحة أو كما لو كان الطلاق باختيارها ولأن أسباب الميراث محصورة في رحم ونكاح وولاء وليس لها شيء من هذه الأسباب.

ولنا: إن عثمان رضي الله عنه ورث تماضر بنت الأصبغ الكلبية من عبد الرحمن بن عوف وكان طلقها في مرضه فبتها. واشتهر ذلك في الصحابة فلم ينكر فكان إجماعاً. ولم يثبت عن علي ولا عبد الرحمن خلاف في هذا، بل قد روى عروة عن عثمان أنه قال لعبد الرحمن «لئن مت لأورثنها منك. قال قد علمت ذلك» وما روي عن ابن الزبير إن صح فهو مسبوق بالإجماع. ولأن هذا قصد قصداً فاسداً في الميراث فعورض بنقيض قصده كالقاتل القاصد استعجال الميراث يعاقب بحرمانه، إذا ثبت هذا فالمشهور عن أحمد أنها ترثه في العدة وبعدها ما لم تتزوج. قال أبو بكر لا يختلف قول أبي عبد الله في المدخول بها إذا طلقها المريض أنها ترثه في العدة وبعدها ما لم تتزوج روي ذلك عن الحسن وهو قول البتي وحميد وابن أبي ليلى وبعض البصريين وأصحاب الحسن ومالك في أهل المدينة، وذكر عن أبي بن كعب لما روى أبو

سلمة بن عبد الرحمن «أن أباه طلق أمه وهو مريض فمات فورثته بعد انقضاء العدة» ولأن سبب توريثها فراره من ميراثها وهذا المعنى لا يزول بانقضاء العدة، وروي عن أحمد ما يدل على أنها لا ترث بعد العدة فإنه قال في رواية الأثرم: يلزم من قال له أن يتزوج أربعاً قبل انقضاء عدة مطلقاته أنه لو طلق أربع نسوة في مرضه ثم تزوج أربعاً ثم مات من مرضه ذلك، أن الثمان يرثنه كلهن فيكون مسلماً يرثه ثمان نسوة وهذا القول يلزم منه توريث ثمان وتوريثها بعد العدة يلزم منه ذلك ولأنه قال في المطلقة قبل الدخول لا ترث لأنها لا عدة لها وهذه كذلك فلا ترث وهذا قول عروة وأبي حنيفة وأصحابه وقو الشافعي القديم لأنها تباح لزوج آخر فلم ترثه كما لو كان في الصحة ولأن توريثها بعد العدة يفضي إلى توريث أكثر من أربع نسوة فلم يجز ذلك كما لو تزوجت وإن تزوجت المبتوتة لم ترثه سواء كانت في الزوجية أو بانت من الزوج الثاني هذا قول أكثر أهل العلم وقال مالك في أهل المدينة ترثه لما ذكرنا للرواية الأولى ولأنها شخص يرث مع انتفاء الزوجية فورث معها كسائر الوارثين.

ولنا: إن هذه وارثة من زوج فلا ترث زوجاً سواه كسائر الزوجات ولأن التوارث من حكم النكاح فلا يجوز اجتماعه مع نكاح آخر كالعدة ولأنها فعلت باختيارها ما ينافي نكاح الأول لها فأشبه ما لو كان فسخ النكاح من قبلها.

فصل: ولو صح من مرضه ذلك ثم مات بعده لم ترثه في قول الجمهور وروي عن النخعي والشعبي والثوري وزفر أنها ترثه لأنه طلاق مرض قصد به الفرار من الميراث فلم يمنعه كما لو لم يصح.

ولنا: إن هذه بائن بطلاق في غير مرض الموت فلم ترثه كالمطلقة في الصحة ولأن حكم هذا المرض حكم الصحة في العطايا والإعتاق والإقرار فكذلك في الطلاق وما ذكروه يبطل بما إذا قصد الفرار بالطلاق في صحته.

فصل: ولو طلق امرأته ثلاثاً في مرضه قبل الدخول بها فقال أبو بكر فيها أربع روايات: إحداهن: لها الصداق كاملاً والميراث وعليها العدة اختارها أبو بكر وهو قول الحسن وعطاء وأبي عبيد لأن الميراث ثبت للمدخول بها لفراره منه وهذا فار وإذا ثبت الميراث ثبت وجوب تكميل الصداق وينبغي أن تكون العدة عدة الوفاة لأنا جعلناها في حكم من توفي عنها وهي زوجة ولأن الطلاق لا يوجب عدة على غير مدخول بها. **الثانية**: لها الميراث والصداق ولا عدة عليها، وهو قول عطاء لأن العدة حق عليها فلا يجب بفراره. **والثالثة**: لها الميراث ونصف الصداق وعليها العدة وهذا قول مالك في رواية أبي عبيد عنه لأن من ترث يجب أن تعتد ولا يكمل الصداق لأن الله تعالى نص على تنصيفه بالطلاق قبل المسيس ولا تجوز مخالفته. **والرابعة**: لا ميراث لها ولا عدة عليها ولها نصف الصداق، وهو قول جابر بن زيد والنخعي وأبي حنيفة

والشافعي وأكثر أهل العلم. قال أحمد قال جابر بن زيد لا ميراث لها ولا عدة عليها. قال الحسن ترث قال أحمد أذهب إلى قول جابر وذلك لأن الله تعالى نص على تنصيف الصداق ونفي العدة عن المطلقة قبل الدخول بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] وقال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾ [الأحزاب: ٤٩] ولا يجوز مخالفة نص الكتاب بالرأي والتحكم. وأما الميراث فإنها ليست بزوجة ولا معتدة من نكاح. فأشبهت المطلقة في الصحة والله أعلم. ولو خلا بها وقال: لما أطأها وصدقته فلها الميراث وعليها العدة للوفاة ويكمل لها الصداق لأن الخلوة تكفي في ثبوت هذه الأحكام. وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه.

فصل: ولو طلق المدخول بها طلاقاً رجعياً ثم مرض في عدتها ومات بعد انقضائها لم ترثه لأنه طلاق صحة، وإن طلقها واحدة في صحته وأبانها في مرضه ثم مات بعد انقضاء عدتها فحكمها حكم ما لو ابتدأ طلاقها في مرضه لأنه فر من ميراثها. فإن طلقها واحدة في صحته وأخرى في مرضه ولم يبنها حتى بانت بانقضاء عدتها لم ترث لأن طلاق المرض لم يقطع ميراثها ولم يؤثر في بينونتها.

فصل: وإن طلقها ثلاثاً في مرضه فارتدت ثم أسلمت ثم مات في عدتها ففيه وجهان:

أحدهما: ترثه وهو قول مالك لأنها مطلقة في المرض أشبه ما لو لم ترتد.

والثاني: لا ترثه وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأنها فعلت ما ينافي النكاح فأشبه ما لو تزوجت. ولو كان هو المرتد ثم أسلم ومات ورثته، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه. وقال الشافعي رضي الله عنهم لا ترثه.

ولنا: إنها مطلقة في المرض لم تفعل ما ينافي نكاحها مات زوجها في عدتها فأشبه ما لو لم ترتد ولو ارتد أحد الزوجين بعد الدخول من غير طلاق ثم عاد إلى الإسلام قبل انقضاء العدة ورثه الآخر لأن النكاح باق. فإن انقضت العدة قبل رجوعه انفسخ النكاح ولم يرث أحدهما الآخر، وإن قلنا إن الفرقة تتعجل عند اختلاف الدين لم يرث أحدهما الآخر ويتخرج أن يرثه الآخر إذا كان ذلك في مرض موته لأنه تحصل به البينونة. فأشبه الطلاق وهو قول مالك، وقال أبو حنيفة وأصحابه إذا ارتدت المرأة ثم ماتت في عدتها ورثها الزوج.

فصل: إذا طلق المسلم المريض زوجته الأمة والذمية طلاقاً بائناً ثم أسلمت الذمية وعتقت الأمة ثم مات في عدتها لم ترثاه لأنه لم يكن عند الطلاق فاراً، وإن قال لهما في المرض: إذا عتقت أنت أو أسلمت أنت فأنتما طالقتان. فعتقت الأمة وأسلمت الذمية ومات ورثتاه لأنه

فار. فإن قال لها أنتما طالقتان غداً فعتقت الأمة وأسلمت الذمية لم ترثاه لأنه غير فار، وإن قال سيد الأمة: أنت حرة غداً، وقال الزوج أنت طالق غداً وهو يعلم بقول السيد ورثته لأنه فار، وإن لم يعلم لم ترثه لعدم الفرار، وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي رضي الله عنهم ولم أعلم لهم مخالفاً.

فصل: وإذا قال لامرأته في صحته إذا مرضت فأنت طالق فحكمه حكم طلاق المرض سواء، فإن أقر في مرضه أنه كان طلقها في صحته ثلاثاً لم يقبل إقراره عليها وكان حكمه حكم طلاقه في مرضه وبهذا قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعي رضي الله عنه يقبل إقراره. ولنا إنه إقرار بما يبطل به حق غيره فلم يقبل كما لو أقر بما لها.

فصل: وإن سألته الطلاق في مرضه فأجابها فقال القاضي فيه روايتان:

إحداهما: لا ترثه لأنه ليس بفار. والثانية: ترثه لأنه طلقها في مرضه وهو قول مالك وكذلك الحكم إن خالعها أو علق الطلاق على مشيئتها فشاءت أو على فعل من جهتها لها منه بد ففعلته أو خيرها فاختارت نفسها والصحيح في هذا كله أنها لا ترثه لأنه لا فرار منه وهذا قول أبي حنيفة والشافعي رضي الله عنه، وإن لم تعلم بتعليق طلاقها ففعلت ما علق عليه ورثته لأنها معذورة فيه، ولو سألته طلقة فطلقها ثلاثاً ورثته لأنه أبانها بما لم تطلبه منه، وإن علق طلاقها على فعل لا بد لها منه كصلاة مكتوبة وصيام واجب في وقته ففعلته فحكمه حكم طلاقها ابتداء في قولهم جميعاً، وكذلك إن علقه على كلامها لأبويها أو لأحدهما؛ وإن قال في مرضه أنت طالق إن قدم زيد ونحوه مما ليس من فعلها ولا فعله فوجد الشرط فطلقت به ورثته.

فصل: فإن علق طلاقها في الصحة على شرط وجد في المرض كقدوم زيد ومجيء غد وصلاتها الفرض بانت ولم ترث لأن اليمين كانت في الصحة.

وذكر القاضي رواية أخرى أنها ترث وهو قول مالك لأن الطلاق وقع في المرض والأول أصح وإن علقه على فعل نفسه ففعله في المرض ورثته لأنه أوقع الطلاق بها في المرض فأشبه ما لو كان التعليق في المرض. ولو قال في الصحة أنت طالق إن لم أضرب غلامي فلم يضربه حتى مات ورثته وإن ماتت لم يرثها. وإن مات الغلام والزوج مريض طلقت وكان كتعليقه على مجيء زيد أيضاً، وكذلك إن قال إن لم أوفك مهرك فأنت طالق، وإن ادعى الزوج أنه وفاها مهرها فأنكرته صدق الزوج في توريثه منها لأن الأصل بقاء النكاح ولم تصدق في براءته منه لأن الأصل بقاؤه في ذمته، ولو قال لها في الصحة أنت طالق إن لم أتزوج عليك فكذلك، نص عليه أحمد وهو قول الحسن، ولو قذف المريض امرأته ثم لاعنها في مرضه فبانت منه ثم مات في مرضه ورثته وإن ماتت لم يرثها، وإن قذفها في صحته ولاعنها في مرضه ومات فيه لم ترثه نص عليه

أحمد وهو قول الشافعي واللؤلؤي، وذكر القاضي رواية أخرى: أنها ترث وهو قول أبي يوسف وإن آلى منها في مرضه ثم صح ثم نكس في مرضه فبانت بالإيلاء لم ترثه.

فصل: وإذا استكره الابن امرأة أبيه على ما ينفسخ به نكاحها من وطء أو غيرها في مرض أبيه فمات أبوه من مرضه ذلك ورثته ولم يرثها إن ماتت، وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه، فإن طاوعته على ذلك لم ترث لأنها مشاركة فيما ينفسخ به نكاحها. فأشبه ما لو خالعته، وسواء كان للميت بنون سوى هذا الابن أو لم يكن، فإذا انتفت التهمة عنه بأن يكون غير وارث كالكافر والقاتل والرقيق أو كان ابناً من الرضاعة أو ابن ابن محجوب بابن للميت أو بأبوين أو ابنين أو كان للميت امرأة أخرى تحوز ميراث الزوجات لم ترث لانتفاء التهمة ولو صار ابن الابن وارثاً بعد ذلك لم يرث لانتفاء التهمة حال الوطء، ولو كان حال الوطء وارثاً فعاد محجوباً عن الميراث لورثت لوجود التهمة حين الوطء، ولو كان للمريض امرأتان فاستكره ابنه إحداهما لم ترثه لانتفاء التهمة عنه لكون ميراثها لا يرجع إليه، ولو استكره الثانية بعدها لورثت الثالثة لأنه متهم في حقها، ولو استكرههما معاً دفعة واحدة ورثتا جميعاً، وهذا كله قول أبي حنيفة وأصحابه، فأما الشافعي رضي الله عنه فإنه لا يرى فسخ النكاح بالوطء الحرام، وكذلك الحكم فيما إذا وطىء المريض من ينفسخ نكاحه بوطئها كأم امرأته أو ابنتها فإن امرأته تبين منه وترثه إذا مات في مرضه ولا يرثها وسواء طاوعته الموطوءة أو أكرهها فإن مطاوعتها ليس للمرأة فيه فعل فيسقط به ميراثها، فإن كان زائل العقل حين والوطء لم ترث امرأته منه شيئاً لأنه ليس له قصد صحيح فلا يكون فاراً من ميراثها وكذلك لو وطىء ابنه امرأته مستكرهاً لها وهو زائل العقل لم ترث لذلك، فإن كان صبياً عاقلاً ورثت لأن له قصداً صحيحاً. وقال أبو حنيفة هو كالمجنون لأن قوله لا عبرة به، وكذلك الحكم فيما إذا وطىء بنت امرأته أو أمها. وللشافعي في وطء الصبي ابنة امرأته أو أمها قولان:

أحدهما: لا ينفسخ به نكاح امرأته لأنه لا يحرم.

والثاني: أن امرأته تبين بذلك ولا ترثه ولا يرثها، وفي القبلة والمباشرة دون الفرج روايتان. **إحداهما**: تنشر الحرمة وهو قول أبي حنيفة وأصحابه لأنها مباشرة تحرم في غير النكاح والملك. فأشبهت الوطء. **والثانية**: لا تنشرها لأنها ليست بسبب للبضعية فلا تنشر الحرمة كالنظر والخلوة. وخرج أصحابنا في النظر إلى الفرج والخلوة لشهوة وجهاً أنها تنشر الحرمة.

فصل: وإن فعلت المريضة ما يفسخ نكاحها كرضاع امرأة صغيرة لزوجها أو رضاع زوجها الصغير أو ارتدت أو نحو ذلك فماتت في مرضها ورثها الزوج ولم ترثه. وبهذا قال أبو حنيفة، وقال الشافعي رضي الله عنه: لا يرثها.

ولنا: إنها أحد الزوجين فر من ميراث الآخر فأشبه الرجل، وإن أعتقت فاختارت نفسها أو كان الزوج عنيناً فأجل سنة ولم يصبها حتى مرضت في آخر الحول فاختارت فرقته، وفرق

بينهما لم يتوارثا في قولهم أجمعين، ذكره ابن اللبان في كتابه، وذكر القاضي في المعتقة إذا اختارت نفسها في مرضها لم يرثها، وذلك لأن فسخ النكاح في هذين الموضعين لدفع الضرر لا للفرار من الميراث، وإن قبلت ابن زوجها لشهوة خرج فيها وجهان:

أحدهما: ينفسخ نكاحها ويرثها إذا كانت مريضة وماتت في عدتها، وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه.

والثاني: لا ينفسخ النكاح به وهو قول الشافعي رضي الله عنه. ولو أن رجلاً زوج ابنة أخيه وهي صغيرة ثم بلغت ففسخت النكاح في مرضها: لم يرثها الزوج بغير خلاف نعلمه لأن النكاح من أصله غير صحيح المذهب وهو قول الشافعي رضي الله عنه، وروي عن أحمد ما يدل على صحته ولها الخيار وهو مذهب أبي حنيفة وأصحابه إلا أن الفسخ لإزالة الضرر لا من أجل الفرار فلم يرثها كما لو فسخت المعتقة نكاحها والله أعلم.

فصل: إذا طلق المريض امرأته ثم نكح أخرى ومات من مرضه في عدة المطلقة ورثتاه جميعاً، هذا قول أبي حنيفة وأهل العراق وأحد قولي الشافعي رضي الله عنه والقول الآخر: لا ترث المبتوتة فيكون الميراث كله للثانية. وقال مالك: الميراث كله للمطلقة لأن نكاح المريض عنده غير صحيح وجعل بعض أصحابنا فيها وجهاً أن الميراث كله للمطلقة لأنها ترث منه ما كانت ترث قبل طلاقها وهو جميع الميراث فكذلك بعده وليس هذا بصحيح فإنها إنما ترث ما كانت ترث لو لم يطلقها ولو لم يطلقها وتزوج عليها لم ترث إلا نصف ميراث الزوجات فكذلك إذا طلقها فعلى هذا لو تزوج ثلاثاً في مرضه فليس للمطلقة إلا ربع ميراث الزوجات ولكل واحدة من الزوجات ربعه وإن مات بعد انقضاء عدة المطلقة، فالميراث للزوجات في إحدى الروايتين، وهو قول الشافعي رضي الله عنه، وأبي حنيفة وأصحابه والرواية الأخرى أن الميراث للأربع وعند مالك الميراث كله للمطلقة وإن كان له أربع نسوة فطلق إحداهن ثلاثاً في مرضه ثم نكح أخرى في عدة المطلقة أو طلق امرأة واحدة ونكح أختها في عدتها ومات في عدتها فالنكاح باطل والميراث بين المطلقة وباقي الزوجات الأوائل وهذا قول أبي حنيفة ومالك وقال الشافعي رضي الله عنه: النكاح صحيح والميراث للجديدة مع باقي المنكوحات دون المطلقة ويجيء على قوله القديم وجهان:

أحدهما: أن يكون الميراث بين المطلقة وباقي الزوجات كقول الجمهور ولا شيء للمنكوحة.

والثاني: أن يكون بينهن على خمسة لكل واحدة منهن خمسه فإن مات بعد انقضاء عدة المطلقة ففي ميراثها روايتان: إحداهما: لا ميراث لها فيكون الميراث لباقي الزوجات وهو قول أبي حنيفة وأهل العراق. والثانية: ترث معهن ولا شيء للمنكوحة وقال الشافعي رضي الله عنه: الميراث للمنكوحات كلهن ولا شيء للمطلقة وإن تزوج الخامسة بعد انقضاء عدة المطلقة

صح نكاحها، وهل ترث المطلقة؟ على روايتين. إحداهما: لا ترث وهو ظاهر كلام أحمد لأنه قال يلزم من قال يصح النكاح في العدة أن يرث ثمان نسوة وأن يرثه أختان فيكون مسلم يرثه ثمان نسوة وأختان وتوريث المطلقات بعد العدة يلزم منه هذا أو حرمان الزوجات المنصوص على ميراثهن فيكون منكراً له غير قائل به فعلى هذا يكون الميراث للزوجات دون المطلقة. والرواية الثانية: ترث المطلقة فيخرج فيه وجهان:

أحدهما: يكون الميراث بين الخمس.

والثاني: يكون للمطلقة والمنكوحات الأوائل دون الجديدة لأن المريض ممنوع من أن يحرمهن ميراثهن بالطلاق فكذلك يمنع من تنقيصهن منه وكلا الوجهين بعيد، أما أحدهما فيرده نص الكتاب على توريث الزوجات فلا يجوز مخالفته بغير نص ولا إجماع ولا قياس على صورة مخصوصة من النص في معناه وأما الآخر فلأن الله تعالى لم يبح نكاح أكثر من أربع ولا الجمع بين الأختين فلا يجوز أن يجتمعن في ميراثه بالزوجية وعلى هذا لو طلق أربعاً في مرضه وانقضت عدتهن ونكح أربعاً سواهن ثم مات من مرضه فعلى الأول ترثه المنكوحات دون المطلقات وعلى الثاني يكون فيه وجهان:

أحدهما: أن الميراث كله للمطلقات وعلى الثاني هو بين الثمان وقال مالك: الميراث للمطلقات ولا شيء للمنكوحات لأن نكاحهن غير صحيح عنده وإن صح من مرضه فتزوج أربعاً في صحته ثم مات فالميراث لهن في قول الجمهور ولا شيء للمطلقات في قول مالك ومن وافقه، وكذلك إن تزوجت المطلقات لم يرثن شيئاً إلا في قوله وقول من وافقه، ولو طلق أربعاً بعد دخوله بهن ثلاثاً في مرضه وقال قد أخبرنني بانقضاء عدتهن فكذبنه فله أن ينكح أربعاً سواهن إذا كان ذلك في مدة يمكن انقضاء العدة فيها ولا يقبل قوله عليهن في حرمان الميراث وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف واللؤلؤي إذا كان بعد أربعة أشهر، وقال زفر لا يجوز له التزويج أيضاً والأول أصح لأن هذا حكم فيما بينه وبين الله تعالى لا حق لهن فيه فقبل قوله فيه. فعلى هذا إن تزوج أربعاً في عقد واحد ثم مات ورثه المطلقات دون المنكوحات إلا أن يمتن قبله فيكون الميراث للمنكوحات، وإن أقررن بانقضاء عدتهن وقلنا الميراث لهن بعد انقضاء العدة فالميراث للمنكوحات أيضاً، وإن مات منهن ثلاث فالميراث للباقية، وإن مات منهن واحدة ومن المنكوحات واحدة أو اثنتان أو مات من المطلقات اثنتان ومن المنكوحات واحدة فالميراث لباقي المطلقات وإن مات من المطلقات واحدة ومن المنكوحات ثلاث أو من المطلقات اثنتان ومن المنكوحات اثنتان أو من المطلقات ثلاث ومن المنكوحات واحدة فالميراث بين البواقي من المطلقات والمنكوحات معاً لأنه لو استأنف العقد على الباقيات من الجميع جاز فكان صحيحاً وإن تزوج المنكوحات في أربع عقود فمات من المطلقات واحدة ورثت مكانها الأولى من

المنكوحات، وإن مات اثنتان ورثت الأولى والثانية وإن مات ثلاث ورثت الأولى والثانية والثالثة من المنكوحات مع من بقي من المطلقات وهذا على قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف واللؤلؤي. وأما زفر فلا يرى صحة نكاح المنكوحات حتى يصدقه المطلقات. وأما الشافعي رضي الله عنه فيباح عنده التزويج في عدة المطلقات، فعلى قوله إذا طلق أربعاً ونكح أربعاً في عقد وعقود ثم مات من مرضه فالميراث للمنكوحات وعلى قوله القديم يخرج فيه وجهان:

أحدهما: أن الميراث بين الثمان.

والثاني: أن الميراث للمطلقات دون المنكوحات،فإن مات بعض المطلقات أو انقضت عدتهن فللمنكوحات ميراث الميتات، وإن ماتت واحدة فللزوجات ربع ميراث النساء، وإن ماتت اثنتان فللزوجات نصف الميراث، فإن مات ثلاث فلهن ثلاثة أرباع الميراث إذا كان نكاحهن في عقد واحد، وإن كان في عقود متفرقة فإذا ماتت واحدة من المطلقات فميراثها للأولى من المنكوحات وميراث الثانية للثانية، وميراث الثالثة للثالثة.

فصل: إذا قال الرجل لنسائه: إحداكن طالق يعني واحدة بعينها طلقت وحدها ويرجع إلى تعيينه ويؤخذ بنفقتهن كلهن إلى أن تعين، وإن كان الطلاق بائناً منع منهن إلى أن يعين. فإن قال: أردت هذه. طلقت وحدها. وإن قال: لم أرد هؤلاء الثلاث طلقت الرابعة. وإن عاد فقال: أخطأت، إنما أردت هذه طلقت الأخرى، وإن متن أو إحداهن قبل أن يبين رجع إلى قوله، فمن أقر بطلاقها حرمناه ميراثها وأحلفناه لورثة من لم يعينها وهذا قول الشافعي رضي الله عنه، وإن لم يعن بذلك واحدة بعينها أو ماتت قبل التعيين أخرجت بالقرعة، وكذلك إن طلق واحدة من نسائه بعينها فأنسيها فمات أخرجت بالقرعة فمن تقع عليها القرعة فلا ميراث لها، روي ذلك عن علي رضي الله عنه وهو قول أبي ثور. وروى عطاء عن ابن عباس «أن رجلاً سأله فقال: إن لي ثلاث نسوة، وإني طلقت إحداهن فبتت طلاقها. فقال ابن عباس رضي الله عنه: إن كنت نويت واحدة منهن بعينها ثم أنسيتها فقد اشتركن في الطلاق، وإن لم تكن نويت واحدة بعينها فطلق أيتهن شئت».

وقال الشافعي رضي الله عنه وأهل العراق: يرجع إلى تعيينه في المسائل كلها فإن وطىء إحداهن كان تعييناً لها بالنكاح في قول أهل العراق وبعض أصحاب الشافعي رضي الله عنه. وقال الشافعي رضي الله عنه: لا يكون تعييناً، فإن مات قبل أن يبين فالميراث بينهن كلهن في قول أهل العراق. وقال مالك: يطلقن كلهن ولا ميراث لهن. وقال الشافعي: يوقف ميراثهن، وإن كان الطلاق قبل الدخول دفع إلى كل واحدة نصف مهر ووقف الباقي في مهورهن. وقال داود: يبطل حكم طلاقهن لموضع الجهالة ولكل واحدة مهر كامل والميراث بينهن، وإن متن من قبله طلقت الآخرة في قول أهل العراق. وقال الشافعي: يرجع إلى تعيينه على ما ذكرناه.

ولنا: قول علي رضي الله عنه ولا يعارضه قول ابن عباس. لأن ابن عباس يعترف لعلي بتقديم قوله، فإنه قال: «إذا ثبت لنا عن علي قول لم نعده إلى غيره» وقال: «ما علمي إلى علم علي إلا كالقرارة إلى المتعجر» ولأنه إزالة ملك عن الآدمي فتستعمل فيه القرعة عند الاشتباه كالعتق. وقد بينت ذلك في العتق بخبر عمران بن الحصين ولأن الحقوق تساوت على وجه تعذر تعيين المستحق فيه من غير قرعة فينبغي أن تستعمل فيه القرعة، كالقسمة في السفر بين النساء، فأما قسم الميراث بين الجميع ففيه دفع إلى إحداهن ما لا تستحقه وتنقيص بعضهن حقها يقيناً والوقف إلى غير غاية تضييع لحقوقهن وحرمان الجميع منع الحق عن صاحبه يقيناً، ولو كان له امرأتان فطلق إحداهما ثم ماتت إحداهما ثم مات أقرع بينهما فمن وقعت عليها قرعة الطلاق لم يرثها إن كانت الميتة ولم ترثه إن كانت الأخرى، وفي قول أهل العراق: يرث الأولى ولا ترثه الأخرى وللشافعي قولان:

أحدهما: يرجع إلى تعيين الوارث، فإن قال: طلق الميتة لم يرثها وورثته الحية، وإن قال طلق الحية حلف على ذلك وأخذ ميراث الميتة ولم تورث الحية.

والقول الثاني: يوقف من مال الميتة ميراث الزوج ومن مال الزوج ميراث الحية. وإن كان له امرأتان قد دخل بإحداهما دون الأخرى وطلق إحداهما لا يعينها. فمن خرجت لها القرعة فلها حكم الطلاق وللأخرى حكم الزوجية. وقال أهل العراق: للمدخول بها ثلاثة أرباع الميراث إن مات في عدتها وللأخرى ربعه لأن للمدخول بها نصفه بيقين والنصف الآخر يتداعيانه فيكون بينهما، وفي قول الشافعي: النصف للمدخول بها والثاني موقوف، وإن كانتا مدخولاً بهما فقال في مرضه: أردت هذه ثم مات في عدتها لم يقبل قوله لأن الإقرار بالطلاق في المرض كالطلاق فيه، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال زفر: يقبل قوله والميراث للأخرى، وهو قياس قول الشافعي، ولو كان للمريض امرأة أخرى سوى هاتين فلها نصف الميراث وللاثنتين نصفه: وفي قول الشافعي نصفه موقوف.

فصل: ولو كان له أربع نسوة فطلق إحداهن غير معينة ثم نكح خامسة بعد انقضاء عدتها ثم مات ولم يبين فللخامسة ربع الميراث والمهر ويقرع بين الأربع وقال أهل العراق: لهن ثلاثة أرباع الميراث بينهن، وإن كن غير مدخول بهن فلهن ثلاثة مهور ونصف. وفي قول الشافعي يوقف ثلاثة أرباع الميراث ومهر ونصف بين الأربع، فإن جاءت واحدة تطلب ميراثها لم تعط شيئاً، وإن طلبه اثنتان دفع إليهما ربع الميراث، وإن طلبه ثلاث دفع إليهن نصفه، وإن طلبه الأربع دفع إليهن، ولو قال بعد نكاح الخامسة: إحداكن طالق فعلى قولهم للخامسة ربع الميراث لأنها شريكة ثلاث وباقيه بين الأربع كالأولى وللخامسة سبعة أثمان مهر. لأن الطلاق نقصها وثلاثاً معها نصف مهر ويبقى للأربع ثلاثة وثمن بينهن في قول أهل العراق، فإن تزوج بعد ذلك سادسة فلها ربع الميراث ومهر كامل وللخامسة ربع ما بقي

وسبعة أثمان مهر وللأربع ما بقي وثلاثة مهور وثمن ويكون الربع مقسوماً على أربعة وستين، فإن قال بعد ذلك: إحداكن طالق لم يختلف الميراث ولكن تختلف المهور فللسادسة سبعة أثمان مهر وللخامسة خمسة وعشرون جزءاً من اثنين وثلاثين من مهر ويبقى للأربع مهران وسبعة وعشرون جزءاً من مهر وعند الشافعي يوقف ربع الميراث بين الست وربع آخر بين الخمس وباقيه بين الأربع ويوقف نصف مهر بين الست ونصف بين الخمس ونصف بين الأربع ويدفع إلى كل واحدة نصف[1]

(١) في نسخة: نصيب.

باب الاشتراك في الطهر

إذا وطىء رجلان امرأة في طهر واحد وطأً يلحق النسب من مثله فأتت بولد يمكن أن يكون منهما مثل أن يطأ الشريكان جاريتهما المشتركة أو يطأ الإنسان جاريته ثم يبيعها قبل أن يستبرئها فيطؤها المشتري قبل استبرائها أو يطؤها رجلان بشبهة، أو يطلق رجل امرأته فيتزوجها غيره في عدتها ويطؤها، أو يطأ إنسان جارية آخر أو امرأته بشبهة في الطهر الذي وطئها فيه سيدها أو زوجها ثم تأتي بولد يمكن أن يكون منهما. فإنه يرى القافة معهما، وهذا قول عطاء ومالك والليث والأوزاعي والشافعي وأبي ثور، فإن ألحقته بأحدهما لحق به وإن نفته عن أحدهما لحق الآخر وسواء ادعياه أو لم يدعياه أو ادعاه أحدهما وأنكره الآخر، وإن ألحقته القافة بهما لحقهما وكان ابنهما. وهذا قول الأوزاعي والثوري وأبي ثور ورواه بعض أصحاب مالك عنه. وقال مالك لا يرى ولد الحرة للقافة بل يكون لصاحب الفراش الصحيح دون الواطىء بشبهة. وقال الشافعي: لا يلحق بأكثر من واحد فإن ألحقته القافة بأكثر من واحد كان بمنزلة أن لا يوجد قافة، ومتى لم يوجد قافة أو أشكل عليها أو اختلف القائفان في نسبه فقال أبو بكر: يضيع نسبه ولا حكم لاختياره ويبقى على الجهالة أبداً. وهو مالك. وقال ابن حامد: يترك حتى يبلغ فينتسب إلى أحدهما وهو قول الشافعي الجديد: وقال في القديم يترك حتى يميز وذلك لسبع أو ثمان فينتسب إلى أحدهما ونفقته عليهما إلى أن ينتسب إلى أحدهما فيرجع الآخر عليه بما أنفق، وإذا ادعى اللقيط اثنان أري القافة معهما وإن مات الولد المدعي في هذه المواضع قبل أن يرى القافة وله ولد أري ولده القافة مع المدعين، ولو مات الرجلان أري القافة مع عصبتهما وإن ادعاه أكثر من اثنين فألحقته القافة بهم لحق. وقد نص أحمد على أنه يلحق بثلاثة ومقتضى هذا أنه يلحق بهم وإن كثروا، وقال القاضي لا يلحق بأكثر من ثلاثة وهو قول محمد بن الحسن وروي عن أبي يوسف. وقال ابن حامد: لا يلحق بأكثر من اثنين. وروي أيضاً عن أبي يوسف، وقال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه وشريك ويحيى بن آدم: لا حكم للقافة بل إذا سبق

أحدهما بالدعوى فهو ابنه، فإن ادعياه معاً فهو ابنهما، وكذلك إن كثر الواطئون وادعوه معاً فإنه يكون لهم جميعاً.

وروي عن علي رضي الله عنه أنه قضى في ذلك بالقرعة واليمين، وبه قال ابن أبي ليلى وإسحاق وعن أحمد نحوه إذا عدمت القافة. وقد ذكرنا أكثر هذه المسائل مشروحة مدلولاً عليها في مواضعها، والغرض ها هنا ذكر ميراث المدعي والتوريث منه وبيان مسائله.

«مسألة» إذا ألحق باثنين فمات وترك أمه حرة فلها الثلث والباقي لهما، فإن كان لكل واحد منهما ابن سواه أو لأحدهما ابنان فلأمه السدس، فإن مات أحد الأبوين وله ابن آخر فماله بينهما نصفين، فإن مات الغلام بعد ذلك فلأمه السدس والباقي للباقي من أبويه ولا شيء لإخوته لأنهما محجوبان بالأب الباقي، فإن كان الغلام ترك ابناً فللباقي من الأبوين السدس والباقي لابنه، وإن مات قبل أبويه وترك ابناً فلهما جميعاً السدس والباقي لابنه، فإن كان لكل واحد منهما أبوان ثم ماتا ثم مات الغلام وله جدة أم أم وابن فلأم أمه نصف السدس ولأمي المدعيين نصفه كأنهما جدة واحدة وللجدين السدس والباقي للابن فإن لم يكن ابن فللجدين الثلث لأنهما بمنزلة جد واحد والباقي للأخوين وعند أبي حنيفة الباقي كله للجدين لأن الجد يسقط الاخوة، وإن كان المدعيان أخوين والمدعي جارية فماتا وخلفا أباهما فلها من مال كل واحد نصفه والباقي للأب فإن مات الأب بعد ذلك فلها النصف لأنها بنت ابن..

وحكى الخبري عن أحمد وزفر وابن أبي زائدة أن لها الثلثين لأنها بنت ابنته فلها ميراث بنتي ابن وإن كان المدعي ابناً فمات أبواه ولأحدهما بنت ثم مات أبوهما فميراثه بين الغلام والبنت على ثلاثة. وعلى القول الآخر على خمسة لأن الغلام يضرب بنصيب ابني ابن، وإن كان لكل واحد منهما بنت فللغلام من مال كل واحد منهما ثلثاه وله من مال جده نصفه، وعلى القول الآخر له ثلثاه ولها سدساه وإن كان المدعيان رجلاً وعمة والمدعي جارية فماتا وخلفا أبويهما ثم مات أبو الأصغر فلها النصف والباقي لأبي العم لأنه أبوه، وإذا مات أبو العم فلها النصف من ماله أيضاً. وعلى القول الآخر لها الثلثان لأنها بنت ابن وبنت ابن ابن، وإن كان المدعي رجلاً وابنه فمات الابن فلها نصف ماله، وإذا مات الأب فلها النصف أيضاً، وعلى القول الآخر لها الثلثان، وقال أبو حنيفة إذا تداعى الأب وابنه قدم الأب ولم يكن للابن شيء، وإن مات الأب أو لا فما بين ابنه وبينها على ثلاثة ثم تأخذ نصف مال الأصغر لكونها بنته وباقيه لأنها أخته، وفي كل ذلك إذا لم يثبت نسب المدعي وقف نصيبه ودفع إلى كل وارث اليقين ووقف الباقي حتى يثبت نسبه أو يصطلحوا. فلو كان المدعون ثلاثة فمات أحدهم وترك ابناً وألفاً ثم مات الثاني وترك ابناً وألفين ثم مات الثالث وترك ابناً وعشرين ألفاً وترك أربعة آلاف وأمًّا حرة وقد ألحقته القافة بهم فقد ترك خمسة عشر ألفاً وخمسمائة فلأمه سدسها والباقي بين إخوته الثلاثة أثلاثاً،

وإن كان موتهم قبل ثبوت نسبه دفع إلى الإمام ثلث تركته وهو ألف وخمسمائة لأن أدنى الأحوال أن يكون ابن صاحب الألف فيرث منه خمسمائة، وقد كان وقف له من مال كل واحد من المدعين نصف ماله فيرد إلى ابن صاحب الألف وابن صاحب الألفين ما وقف من مال أبويهما لأنه لم يكن أخاً لهما فذلك لهما من أبويهما، وإن كان أخا أحدهما فهو يستحق ذلك وأكثر منه بإرثه منه ويرد على ابن الثالث تسعة آلاف وثلث ألف ويبقى ثلثا ألف موقوفة بينه وبين الأم لأنه يحتمل أن يكون أخاه فيكون قد مات عن أربعة عشر ألفاً لأمه ثلثها ويبقى من مال الابن ألفان وخمسمائة موقوفة يدعيها ابن صاحب الألف كلها ويدعي منها ابن صاحب الألفين ألفين وثلثاً فيكون ذلك موقوفاً بينهما وبين الأم وسدس الألف بين الأم وابن صاحب الألف، فإن ادعى أخوان ابناً ولهما أب فمات أحدهما وخلف بنتاً ثم مات الآخر قبل ثبوت نسب المدعي وقف من مال الأول خمسة أتساعه منها تسعان بين الغلام والبنت وثلاثة أتساع بينه وبين الأب ويوقف من مال الثاني خمسة أسداس بينه وبين الأب، فإن مات الأب بعدهما وخلف بنتاً فلها نصف ماله ونصف ما ورثه عن ابنته والباقي بين الغلام وبنت الابن لأنه ابن ابنه بيقين ويدفع إلى كل واحد منهم من الموقوف اليقين ويوقف الباقي فتقدره مرة ابن صاحب البنت ومرة ابن الآخر وتنظر ماله من كل واحد منهم في الحالين فتعطيه أقلهما، فللغلام في حال الموقوف من مال الثاني وخمس الموقوف من مال الأول وفي حال كل الموقوف من مال الأول وثلث الموقوف من الثاني فله أقلهما. ولبنت الميت الأول في حال النصف من مال أبيها، وفي حال السدس من مال عمها، ولبنت الأب في حال نصف الموقوف من مال الثاني وفي حال ثلاثة أعشاره من مال الأول فتدفع إليها أقلهما ويبقى باقي التركة موقوفاً بينهم حتى يصطلحوا عليه، ومن الناس من يقسمه بينهم على حسب الدعاوى، ومتى اختلفت أجناس التركة ولم يصر بعضهم قصاصاً عن بعض قومت وعمل في قيمتها على ما بينا في الدراهم إن تراضوا على ذلك أو يبيع الحاكم عليهم ليصير الحق كله من جنس واحد لما فيه من الصلاح لهم ويوقف الفضل المشكوك فيه بينهم على الصلح، ولو ادعى اثنان غلاماً فألحقته القافة بهما ثم مات أحدهما وترك ألفاً وبنتاً وعماً ثم مات الآخر وترك ألفين وابن ابن ثم مات الغلام وترك ثلاثة آلاف وأماً كان للبنت من تركة أبيها ثلثها وللغلام ثلثاها وتركة الثاني كلها له لأنه ابنه فهو أحق من ابن الابن ثم مات الغلام عن خمسة آلاف وثلثي ألف فلأمة ثلث ذلك ولأخته نصفه وباقيه لابن الابن لأنه ابن أخيه ولا شيء للعم، وإن لم يثبت نسبه فلابنة الأول ثلث الألف ويوقف ثلثاها وجميع تركة الثاني، فإذا مات الغلام فلأمه من تركته ألف وتسعا ألف لأن أقل أحواله أن يكون ابن الأول فيكون قد مات عن ثلاثة آلاف وثلثي ألف ويرد الموقوف من مال أبي البنت على البنت والعم فيصطلحان عليه لأنه لهما إما على صاحبها أو الغلام ويرد الموقوف من مال الثاني إلى ابن ابنه لأنه له إما عن جده وإما عن عمه وتعطى الأم من تركة الغلام ألفاً وتسعي ألف لأنه أقل ما لها ويبقى ألف وسبعة أتساع ألف

تدعي الأم منها أربعة أتساع ألف تمام ثلث خمسة آلاف ويدعي منها ابن الابن ألفاً وثلثاً تمام ثلثي خمسة آلاف وتدعي البنت والعم جميع الباقي، فيكون ذلك موقوفاً بينهم حتى يصطلحوا، ولو كان المولود في يدي امرأتين فادعياه معاً أري القافة معهما، فإن ألحقته بإحداهما لحق بها وورثها وورثته في إحدى الروايات، وإن ألحقته بهما أو نفته عنهما لم يلحق بواحدة منهما، وإن قامت لكل واحدة منهما بينة تعارضتا ولم تسمع بينتهما. وبهذا قال أبو يوسف واللؤلؤي وقال أبو حنيفة يثبت نسبه منهما ويرثانه ميراث أم واحدة كما يلحق برجلين.

ولنا: إن إحدى البنتين كاذبة يقيناً فلم تسمع كما لو علمت ومن ضرورة ردها ردهما لعدم العلم بعينها ولأن هذا محال فلم يثبت بينة ولا غيرها كما لو كان الولد أكبر منهما، ولو أن امرأة معها صبي ادعاه رجلان كل واحد يزعم أنه ابنه منها وهي زوجته فكذبتهما لم يلحقهما، وإن صدقت أحدهما لحقه كما لو كان بالغاً فادعياه فصدق أحدهما، ولو أن صبياً مع امرأة فقال زوجها: هو ابني من غيرك فقالت بل هو ابني منك لحقهما جميعاً.

كتاب الولاء

قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾ [الأحزاب: ٥] يعني الأدعياء، وقال النبي ﷺ: «الولاء لمن أعتق» وقال سعيد حدثنا سفيان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر قال «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الولاء وعن هبته» متفق عليهما، وقال النبي ﷺ: «لعن الله من تولى غير مواليه» قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. وقال ﷺ: «مولى القوم منهم» حديث صحيح. وروى الخلال بإسناده عن اسماعيل بن أبي خالد عن عبد الله بن أبي أوفى قال: قال لي النبي ﷺ: «الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب».

مسألة: قال: (والولاء لمن أعتق وإن اختلف ديناهما).

أجمع أهل العلم على أن من أعتق عبداً أو عتق عليه ولم يعتقه سائبة أن له عليه الولاء، والأصل في هذا قول النبي ﷺ: «الولاء لمن أعتق» وأجمعوا أيضاً على أن السيد يرث عتيقه إذا مات جميع ماله إذا اتفق ديناهما ولم يخلف وارثاً سواه. وذلك لقول النبي ﷺ: «الولاء لحمة كلحمة النسب» والنسب يورث به ولا يورث كذلك الولاء.

وروى سعيد عن عبد الرحمن بن زياد حدثنا شعبة عن الحكم عن عبد الله بن شداد قال: «كان لبنت حمزة مولى أعتقته فمات وترك ابنته ومولاته» فأعطى النبي ﷺ ابنته النصف وأعطى مولاته بنت حمزة النصف» قال وحدثنا خالد بن عبد الله عن يونس عن الحسن قال: قال رسول الله ﷺ: «الميراث للعصبة. فإن لم يكن عصبة فللمولى» وعنه: «أن رجلاً أعتق عبداً فقال للنبي ﷺ: ما ترى في ماله؟ قال: إن مات ولم يدع إرثاً فهو لك».

فصل: ويقدم المولى في الميراث على الرد وذوي الأرحام في قول جمهور العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم فإذا مات رجل وخلف بنته ومولاه فلبنته النصف والباقي

لمولاه. وإن خلف ذا رحم ومولاه فالمال لمولاه دون ذي رحمه. وعن عمر وعليّ: يقدم الرد على المولى وعنهما وعن ابن مسعود تقديم ذي الأرحام على المولى، ولعلهم يحتجون بقول الله تعالى: ﴿وَأُوْلُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾ [الأنفال: ٧٥].

ولنا: حديث عبد الله بن شداد وحديث الحسن، ولأنه عصبة يعقل عن مولاه. فيقدم على الرد وذي الرحم كابن العم.

فصل: وإن كان للمعتق عصبة من نسبه أو ذوو فرض تستغرق فروضهم المال فلا شيء للمولى، لا نعلم في هذا خلافاً لما تقدم من الحديث ولقول النبي ﷺ: «ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت الفروض فلأولى رجل ذكر» وفي لفظ: «فللأولى عصبة ذكر» والعصبة من القرابة أولى من ذي الولاء لأنه مشبه بالقرابة والمشبه به أقوى من المشبه ولأن النسب أقوى من الولاء بدليل أنه يتعلق به التحريم والنفقة وسقوط القصاص ورد الشهادة ولا يتعلق ذلك بالولاء.

فصل: وإن اختلف دين السيد وعتيقه فالولاء ثابت لا نعلم فيه خلافاً لعموم قول النبي ﷺ: «الولاء لمن أعتق» ولقوله: «الولاء لحمة كلحمة النسب» ولحمة النسب تثبت مع اختلاف الدين وكذلك الولاء، ولأن الولاء إنما يثبت له عليه لإنعامه بإعتاقه وهذا المعنى ثابت مع اختلاف دينهما، ويثبت الولاء للذكر على الأنثى والأنثى على الذكر ولكل معتق لعموم الخبر والمعنى. ولحديث عبد الله بن شداد، وهل يرث السيد مولاه مع اختلاف الدين؟ فيه روايتان:

إحداهما: يرثه. روي ذلك عن عليّ وعمر بن عبد العزيز، وبه قال أهل الظاهر. واحتج أحمد بقول عليّ: الولاء شعبة من الرق، وقال مالك يرث المسلم مولاه النصراني لأنه يصلح له تملكه ولا يرث النصراني مولاه المسلم لأنه لا يصلح له تملكه، وجمهور العلماء على أنه لا يرثه مع اختلاف دينهما، لقول النبي ﷺ: «لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم» ولأنه ميراث فيمنعه اختلاف الدين كميراث النسب. ولأن اختلاف الدين مانع من الميراث فمنع الميراث بالولاء كالقتل والرق، يحققه أن الميراث بالنسب أقوى فإذا منع الأقوى فالأضعف أولى، ولأن النبي ﷺ ألحق الولاء بالنسب بقوله: «الولاء لحمة كلحمة النسب» وكما يمنع اختلاف الدين التوارث مع صحة النسب وثبوته كذلك يمنعه مع صحة الولاء وثبوته فإذا اجتمعا على الإسلام توارثا كالمتناسبين وهذا أصح في الأثر والنظر إن شاء الله تعالى فإن كان للسيد عصبة على دين العبد ورثه دون سيده. وقال داود لا يرث عصبته مع حياته.

ولنا: إنه بمنزلة ما لو كان الأقرب من العصبة مخالفاً لدين الميت والأبعد على دينه ورث دون القريب.

فصل: وإن أعتق حربي حربياً فله عليه الولاء لأن الولاء مشبه بالنسب والنسب ثابت بين أهل الحرب فكذلك الولاء. وهذا قول عامة أهل العلم إلا أهل العراق فإنهم قالوا العتق في دار الحرب والكتابة والتدبير لا يصح ولو استولد أمته لم تصر أم ولد مسلماً كان السيد أو ذمياً أو حربياً.

ولنا: إن ملكهم ثابت بدليل قول الله تعالى: ﴿وَأَوْرَثَكُمْ أَرْضَهُمْ وَدِيَارَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ﴾ [الأحزاب: ٢٧] فنسبها إليهم. فصح عتقهم كأهل الإسلام، وإذا صح عتقهم ثبت الولاء لهم. لقول النبي ﷺ: «الولاء لمن أعتق» فإن جاءنا المعتق مسلماً فالولاء بحاله، فإن سبي مولى النعمة لم يرث ما دام عبداً فإن أعتق فعليه الولاء لمعتقه وله الولاء على معتقه. وهل يثبت لمعتق السيد ولاء على معتقه؟ يحتمل أن يثبت لأنه مولى مولاه. ويحتمل أن لا يثبت لأنه ما حصل منه إنعام عليه ولا سبب لذلك، فإن كان الذي اشتراه مولاه فأعتقه فكل واحد منهما مولى صاحبه يرثه بالولاء، وإن أسره مولاه فأعتقه فكذلك، وإن أسره مولاه وأجنبي فأعتقاه فولاؤه بينهما نصفين، فإن مات بعده المعتق الأول فلشريكه نصف ماله لأنه مولى نصف مولاه على أحد الاحتمالين. والآخر لا شيء له لأنه لم ينعم عليه، وإن سبي المعتق فاشتراه رجل فأعتقه بطل ولاء الأول وصار الولاء للثاني. وبهذا قال مالك والشافعي، وقيل الولاء بينهما، واختاره ابن المنذر لأنه ليس أحدهما أولى من الآخر، وقيل الولاء للأول لأنه أسبق.

ولنا: إن السبي يبطل ملك الأول الحربي فالولاء التابع له أولى ولأن الولاء بطل باسترقاقه فلم يعد بإعتاقه، وإن أعتق ذمي عبداً كافراً فهرب إلى دار الحرب فاسترق فالحكم فيه كالحكم فيما إذا أعتقه الحربي سواء وإن أعتق مسلم كافراً فهرب إلى دار الحرب ثم سباه المسلمون فذكر أبو بكر والقاضي أنه لا يجوز استرقاقه وهو قول الشافعي لأن في استرقاقه إبطال ولاء المسلم المعصوم قال ابن اللبان ولأن له أماناً بعتق المسلم إياه. والصحيح إن شاء الله جواز استرقاقه لأنه كافر أصلي كتابي فجاز استرقاقه كمعتق الحربي وكغير المعتق. وقولهم في استرقاقه: إبطال الولاء المسلم. قلنا: لا نسلم بل متى أعتق عاد الولاء للأول، وإنما امتنع عمله في حال رقه لمانع وإن سلمنا أن فيه إبطال ولائه فكذلك في قتله وقد جاز إبطال ولائه بالقتل فكذلك بالاسترقاق. ولأن القرابة يبطل عملها بالاسترقاق فكذلك الولاء. وقول ابن اللبان: له أمان. لا يصح فإن لو كان له أمان لم يجز قتله ولا سبيه. فعلى هذا إن استرق ثم أعتق احتمل أن يكون الولاء للثاني لأن الحكمين إذا تنافيا كان الثابت هو الآخر منهما كالناسخ والمنسوخ. واحتمل أنه للأول لأن ولاءه ثبت وهو معصوم فلا يزول باستيلاء كحقيقة الملك. ويحتمل أنه بينهما وأيهما مات كان للثاني وإن أعتق مسلم مسلماً أو أعتقه ذمي فارتد ولحق بدار الحرب فسبي لم يجز استرقاقه، وإن اشترى فالشراء باطل ولا يقبل منه إلا التوبة أو القتل.

فصل: ولا يصح بيع الولاء ولا هبته ولا أن يأذن لمولاه فيوالي من شـاء. روي ذلك عن عمـر وعـلي وابن مسعـود وابن عبـاس وابن عمـر رضي الله عنـه. وبـه قـال سعيـد بن المسيب وطاوس وإيـاس بن معاوية والزهري ومالك والشـافعي وأبو حنيفـة وأصحابـه، وكره جـابر بن عبد الله بيع الولاء، قال سعيد حدثنا جرير عن مغيرة عن ابراهيم قال: قـال عبد الله: «إنمـا الولاء كالنسب أفيبيع الرجل نسبه؟» وقال: حدثنا سفيان عن عمرو بن دينار «أن ميمونة وهبت ولاء سليمان بن يسار لابن عباس وكان مكاتباً» وروي «أن ميمونة وهبت ولاء مواليها للعبـاس» وولاؤهم اليوم لهم وأن عروة ابتـاع ولاء طهمان لـورثة مصعب بن الـزبير. وقـال ابن جريـج: قلت لعطاء «أذنت لمولاي أن يوالي من شاء فيجوز؟ قال نعم».

ولنا: إن النبي ﷺ نهى عن بيع الـولاء وعن هبته وقـال: «الولاء لحمـة كلحمة النسب» وقال: «لعن الله من تولى غير مواليه» ولأنه معنى يورث به فلا ينتقل كالقرابة. وفعل هؤلاء شاذ يخالف قول الجمهور، وترده السنة فلا يعول عليه.

فصل: ولا ينتقل الولاء عن المعتق بموتـه ولا يرثـه ورثته وإنمـا يرثـون المال بـه مع بقـائه للمعتق، هذا قول الجمهور. وروي نحو ذلك عن عمر وعلي .وزيد وابن مسعود وأبي بن كعب وابن عمـر وأبي مسعود البـدري وأسـامة بن زيد، وبـه قال عـطاء وطاوس وسـالم بن عبد الله والحسن وابن سيرين والشعبي والزهري والنخعي وقتادة وأبو الزناد وابن نشيط ومالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وداود. وذ شريح وقال: الولاء كالمال يورث عن المعتق فمن ملك شيئاً حياته فهو لورثته. ورواه حنبل ومحمد بن الحكم عن أحمد وغلطهما أبو بكر وهو كما قال فإن رواية الجماعة عن أحمد مثل قول الجماعة وذلك لقوله عليه السلام: «الولاء للمعتق» وقوله: «الولاء لحمة كلحمة النسب» والنسب لا يورث وإنما يورث وبه ولأنه معنى يورث به، فلا ينتقل كسائر الأسباب والله تعالى أعلم.

مسألة: قال: (ومن أعتق سائبة لم يكن له الولاء، فإن أخذ من ميراثه شيئاً رده في مثله).

قال أحمد في رواية عبد الله: الرجل يعتق عبده سائبة هو الرجل يقول لعبده قد أعتقتـك سائبة كـأنه يجعله لله ولا يكـون ولاؤه لمولاه قـد جعله لله وسلمه. قال أبو عمرو الشـيباني عن عبد الله بن مسعود: السائبة يضع مالـه حيث شاء. وقـال أحمد قـال عمر: السـائبة والصـدقة ليومها، ومتى قال الرجل لعبده أعتقتك سائبة أو أعتقتك ولا ولاء لي عليـك لم يكن عليه ولاء، فإن مات وخلف مالاً ولم يدع وارثاً اشترى بماله رقـاب فأعتقـوا في المنصوص عن أحمـد. وأعتق ابن عمر عبداً سـائبة فـمات فاشـترى ابن عمر بمـاله رقـاباً فـأعتقهم وقال عمـر بن عبد العـزيز والزهري ومكحول أبو العالية ومالك يجعل ولاؤه لجماعة المسلمين. وعن عطاء أنه قال كنا نعلم أنه إذا قال أنت حر سائبة فهو يوالي من شاء ولعل أحمد رحمـه الله ذهب إلى شراء الرقـاب

استحباباً لفعل ابن عمر. والولاء للمعتق. وهذا قول النخعي والشعبي وابن سيرين وراشد بن سعد وضمرة بن حبيب والشافعي وأهل العراق لقوله عليه السلام: «الولاء لمن أعتق» وجعله لحمة كلحمة النسب. فكما لا يزول نسب إنسان ولا ولد عن فراش بشرط لا يزول ولاء عن معتق، ولذلك لما أراد أهل بريرة اشتراط ولائها على عائشة قال لها النبي ﷺ: «اشتريها واشترطي لهم الولاء فإنما الولاء لمن أعتق» يعني أن اشتراطهم تحويل الولاء عن المعتق لا يفيد شيئاً ولا يزيل الولاء عن المعتق، وروى مسلم بإسناده عن هزيل بن شرحبيل. قال: «جاء رجل إلى عبد الله فقال إني أعتقت عبداً لي وجعلته سائبة فمات وترك مالاً ولم يدع وارثاً فقال عبد الله إن أهل الإسلام لا يسيبون وإن أهل الجاهلية كانوا يسيبون وأنت ولي نعمته. فإن تأثمت وتحرجت من شيء فنحن نقبله ونجعله في بيت المال» وقال سعيد ثنا هشيم ثنا بشر عن عطاء أن طارق بن المرقع أعتق سوائب فماتوا فكتب إلى عمر رضي الله عنه فكتب عمر: أن ادفع مال الرجل إلى مولاه فإن قبله وإلا فاشتر به رقاباً فأعتقهم عنه. وقال ثنا هشيم عن منصور أن عمر وابن مسعود قالا في ميراث السائبة «هو الذي أعتقه» وهذا القول أصح في الأثر والنظر، وفي المواضع التي جعل الصحابة ميراثه لبيت المال أو في مثله كان لتبرع المعتق وتورعه عن ميراثه كفعل ابن عمر في ميراث معتقه وفعل عمر وابن مسعود في ميراث الذي تورع سيده عن أخذ ماله، وقد روي «أن سالماً مولى أبي حذيفة أعتقته لُبْنَى بنت يَعار سائبة فقتل وترك ابنة فأعطاها عمر نصف ماله وجعل النصف في بيت المال» وعلى القول المنصوص عن أحمد: إن خلف للسائبة مالاً اشترى به رقاب فأعتقوا فإن رجع من ميراثهم شيء اشترى به أيضاً رقاب فأعتقوا. وإن خلف السائبة ذا فرض لا يستغرق ماله أخذ فرضه واشترى بباقيه رقاب فأعتقوا ولا يرد على ذي الفرض.

فصل: وإن أعتق عبداً عن كفارته أو نذره أو من زكاته فقال أحمد في الذي يعتق من زكاته إن ورث منه شيئاً جعله في مثله. قال وهذا قول الحسن وبه قال إسحاق، وعلى قياس ذلك: العتق من الكفارة والنذر لأنه واجب عليه، وقد روي عن أحمد رحمه الله أنه قال في الذي يعتق في الزكاة ولاؤه للذي جرى عتقه على يديه، وقال مالك والعنبري ولاؤه لسائر المسلمين ويجعل في بيت المال، وقال أبو عبيد ولاؤه لصاحب الصدقة وهو قول الجمهور في العتق في النذر والكفارة لقول النبي ﷺ: «الولاء لمن أعتق» ولأن عائشة اشترت بريرة بشرط العتق فأعتقتها فكان ولاؤها لها: وشرط العتق يوجب ولأنه معتق عن نفسه فكان الولاء له كما لو اشترط عليه العتق فأعتق.

ولنا: إن الذي أعتق من الزكاة معتق من غير ماله فلم يكن له الولاء كما لو دفعها إلى الساعي فاشترى بها وأعتق وكما لو دفع إلى المكاتب مالاً فأداه في كتابته، وفارق من اشترط عليه العتق فإنه إنما أعتق ماله والعتق في الكفارة والنذر واجب عليه. فأشبه العتق من الزكاة،

وذهب كثير من أهل العلم إلى أنه لا يعتق من الزكاة، وعلل بعضهم المنع من ذلك بأنه يجر الولاء وهذا قول لأحمد رواه عنه جماعة وهو قول النخعي والشافعي.

مسألة: قال: (ومن ملك ذا رحم محرم فأعتق عليه وكان ولاؤه له).

ذو الرحم المحرم القريب الذي يحرم نكاحه عليه لو كان أحدهما رجلاً والآخر امرأة، وهم الولدان وإن علوا من قبل الأب والأم جميعاً والولد وإن سفل من ولد البنين والبنات والإخوة والأخوات وأولادهم وإن سفلوا والأعمام والعمات والأخوال والخالات دون أولادهم فمتى ملك أحداً منهم عتق عليه. روي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما وبه قال الحسن وجابر بن زيد وعطاء والحكم وحماد وابن أبي ليلى والثوري والليث وأبو حنيفة والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم، وأعتق مالك الوالدين والمولودين وإن بعدوا والإخوة والأخوات دون أولادهم، ولم يعتق الشافعي إلا عمودي النسب وعن أحمد رواية كذلك ذكرها أبو الخطاب ولم يعتق وأهل الظاهر أحداً حتى يعتقه، لقول النبي ﷺ: «لا يجزىء والد والده شيئاً إلا أن يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه» رواه مسلم.

ولنا: ما روى الحسن عن سمرة قال: قال رسول الله ﷺ: «من ملك ذا رحم محرم فهو حر» رواه أبو داود والترمذي، وقال حديث حسن ولأنه ذو رحم محرم فيعتق عليه بالملك كعمودي النسب وكالإخوة والأخوات عند مالك، فأما قوله «حتى يشتريه فيعتقه» فيحتمل أنه أراد يشتريه فيعتقه بشرائه له كما قال ضربه فقتله والضرب هو القتل. وذلك لأن الشراء لما كان يحصل به العتق تارة دون أخرى جاز عطف صفته عليه كما يقال ضربه فأطار رأسه، ومتى عتق عليه فولاؤه له لأنه يعتق من ماله بسبب فعله فكان ولاؤه له كما لو باشر عتقه وسواء ملكه بشراء أو هبة أو غنيمة أو إرث أو غيره، لا نعلم بين أهل العلم فيه خلافاً.

فصل: ولا خلاف في أن المحارم من غير ذوي الأرحام لا يعتقون على سيدهم كالأم والأخ من الرضاعة والربيبة وأم الزوجة وابنتها إلا أنه حكي عن الحسن وابن سيرين وشريك أنه لا يجوز بيع الأخ من الرضاعة، وروي عن ابن مسعود أنه كرهه. والأول أصح. قال الزهري جرت السنة بأن يباع الأخ والأخت من الرضاع. ولأنه لا نص في عتقهم ولا هم في معنى المنصوص عليه فيبقون على الأصل ولأنها لا رحم بينهما ولا توارث ولا تلزمه نفقته فأشبه الربيبة وأم الزوجة.

فصل: وإن ملك ولده من الزنا لم يعتق عليه على ظاهر كلام أحمد لأن أحكام الولد غير ثابتة فيه وهي الميراث والحجب والمحرمية ووجوب الإنفاق وثبوت الولاية له عليه، ويحتمل أن يعتق لأنه جزؤه حقيقة وقد ثبت فيه حكم تحريم التزويج، ولهذا لو ملك ولده المخالف له في الدين عتق عليه مع انتفاء هذه الأحكام.

مسألة: قال: (وولاء المكاتب والمدبر لسيدهما إذا أعتقا).

هـذا قول عـامة الفقهـاء. وبـه يقـول الشـافعي وأهـل العـراق وحكى ابن سراقـة عن عمرو بن دينار وأبي ثور أنه لا ولاء على المكاتب لأنـه اشترى نفسـه من سيده فلم يكن لـه عليه ولاء كما لو اشتراه أجنبي فأعتقـه. وكان قتـادة يقول: من لم يشترط ولاء المكـاتب فلمكاتبـه أن يوالي من شاء، وقال مكحول: أما المكاتب إذا اشترط ولاءه مع رقبته فجائز.

ولنا: إن السيد هو المعتق للمكاتب لأنه يتبعه بماله وماله وكسبه لسيده فجعل ذلك له ثم باعه به حتى عتق فكان هو المعتق وهو المعتق للمدبر بـلا إشكال، وقـد قال النبي ﷺ: «الـولاء لمن أعتق»، ويدل على ذلك أن المكاتبين يدعون موالي مكاتبيهم فيقال أبو سعيد مـولى ابن أسيد وسـيرين مولى أنس وسليـمان بن يسار مـولى ميمونـة، وقـد وهبت ولاءه لابن عبـاس وكـانـوا مكاتبين، وكذلك أشباههم. ويدل على ذلك أن في حديث بريرة «أنها جاءت عـائشة فقـالت يا أم المؤمنين إني كاتبت أهلي على تسـع أوراق فأعينيني فقـال عائشـة: إن شاؤوا اعددت لهم عدة واحدة ويكون ولاؤك لـي فعلت، فـأبوا أن يبيعـوها إلا أن يكـون الولاء لهم فقـال النبي ﷺ: «اشتريها واشترطي لهم الولاء» وهذا يدل على أن الولاء كان لهم لو لم تشترها منهم عائشة.

فصل: وإن اشترى العبد نفسه من سيده بعوض حال عتق والولاء لسيده لأنه يبيع مالـه بماله فهو مثل المكاتب سواء والسيد هو المعتق لهما فالولاء له عليهما.

مسألة: قال: (وولاء أم الولد لسيدها إذا ماتت).

يعني إذا عتقت بموت سيدها فولاؤها له يرثها قرب عصبته، وهذا قول عمـر وعثمان وبـه قال عامة الفقهاء، وقال ابن مسعود: تعتق مني نصيب ابنها فيكون ولاؤهـا له وعن ابن عبـاس نحوه وعن علي لا تعتق ما لم يفتقها وله بيعها وبه قال جـابر وابن زيـد وأهل الـظاهر، وعن ابن عباس نحوه ولذكر الدليل على عتقها موضع غير هذا ولا خلاف بين القائلين بعتقها إن ولاءهـا لمن عتق عليـه ومذهب الجمهـور أنها تعتق بموت سيـدها من رأس المـال فيكون ولاؤهـا له لأنها عتقت بفعله من له فكان ولاؤها له كما لو عتقت بقوله ويختص ميراثها بالولاء بالذكور من عصبة السيد المدبر والمكاتب.

مسـألة: قـال: (ومن أعتق عبـده عن رجـل حي بـلا أمـره أو عن ميت فـالـولاء للمعتق).

وهذا قول الثوري والأوزاعي والشافعي وأبي حنيفـة وأبي يوسف وداود، وروي عن ابن عباس أن ولاءه للمعتق عنه، وبه قال الحسن ومالك وأبو عبيد لأنه أعتقه من غيره فكان الـولاء للمعتق عنه كما لو أذن له.

ولنـا: قول النبي ﷺ: «الـولاء للمعتق» ولأنه أعتق عبـده من غير إذن غـيره له، فكـان الولاء له كما لو لم يقصد شيئاً.

مسألة: قال: (وإن أعتقه عنه بأمره فالولاء للمعتق عنه بأمره).

وبهذا قال جميع من حكينا قوله في المسألة الأولى إلا أبا حنيفة ووافقه أبو يوسف ومحمد بن الحسن وداود فقالوا الولاء للمعتق إلا أن يعتقه عنه على عوض فيكون لـه الولاء ويلزم العـوض ويصير كأنه اشتراه ثم وكله في إعتاقه. أما إذا كان عن غير عوض فلا يصح تقدير البيـع فيكون الولاء للمعتق لعموم قوله عليه السلام: «الولاء للمعتق» وعن أحمد مثل ذلك.

ولنا: إنه وكيل في الإعتاق فكان الولاء للمعتق عنه كما لو أخذ عوضاً فإنه كما يجوز تقدير البيع فيما إذا أخذ عوضاً يجوز تقدير الهبة إذا لم يأخذ عوضاً، فإن الهبة جائـزة في العبد كـما يجوز البيع. والخبر مخصوص بما إذا أخذ عوضاً وكسائر الوكلاء فنقيس عليه محل النزاع.

مسألة: قال: (ومن قال أعتق عبدك عني وعلي ثمنه فالثمن عليه والولاء للمعتق عنه).

لا نعلم في هذه المسألة خلافـاً وأن الولاء للمعتق عنـه لكونـه أعتقه عنـه بعوض ويلزمـه الثمن لأنه أعتقه عنه بشرط العوض فيقـدر ابتياعـه منه ثم تـوكيله في عتقه ليصـح عنه فيكـون الثمن عليه والولاء له كما لو ابتاعه منه ثم وكله في عتقه.

مسألة: قال: (ولو قال أعتقه والثمن علي كان الثمن عليه والولاء للمعتق).

إنما كان الثمن عليه لأنه جعل له جعلاً على إعتاق عبده فلزمه ذلك بالعمل كما لو قال من بنى لي هذا الحائط فله دينار فبناه إنسان استحق الدينار والولاء للمعتق لأنه لم يأمره بإعتاقه عنـه ولا قصـد به المعتق ذلـك فلم يوجـد ما يقتضي صرفـه إليـه فيبقى للمعتق عمـلاً بقـولـه عليـه السلام: «الولاء للمعتق».

فصل: ومن أوصى أن يعتق عبده بعد موتـه فأعتق فـالولاء لـه، وكذلـك لو وصى بعتق عبده ولم يقل عني فأعتق كان الولاء له لأن الإعتـاق من مالـه، وإن أعتق عنه مـا يجب إعتاقـه ككفارة ونحوها فقد مضى ذكرها فيما تقدم.

مسـألة: قـال: (ومن أعتق عبداً لـه أولاد من مـولاة لقـوم جـر معتق العبـد ولاء أولاده).

وجملة ذلك: أن الرجل إذا أعتق أمته فتزوجت عبداً فأولدها فولـدها منـه أحرار وعليهم الولاء لمولى أمهم يعقل عنهم ويرثهم إذا مـاتوا لكـونه سبب الإنعـام عليهم بعتق أمهم فصاروا

لذلك أحراراً فإن أعتق العبد سيده ثبت له عليه الولاء وجر إليه ولاء أولاده عن مولى أمهم لأن الأب لما كان مملوكاً لم يكن يصلح وارثاً ولا ولياً في نكاح فكان ابنه كولد الملاعنة ينقطع نسبه عن ابنه فثبت الولاء لمولى أمه وانتسب إليها فإذا عتق العبد صلح الانتساب إليه وعاد وراثاً عاقلاً ولياً فعادت النسبة إليه وإلى مواليه بمنزلة ما لو استلحق الملاعن ولده هذا قول جمهور الصحابة والفقهاء يروى هذا عن عمر وعثمان وعلي والزبير وعبد الله وزيد بن ثابت ومروان وسعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وعمر بن عبد العزيز والنخعي وبه قال مالك والثوري والأوزاعي والليث وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي وإسحاق وأبو ثور: ويروى عن رافع بن خديج أن الولاء لا ينجز عن موالي الأم وبه قال مالك بن أوس بن الحدثان والزهري وميمون بن مهران وحميد بن عبد الرحمن وداود لأن الولاء لحمة كلحمة النسب والنسب لا يزول عمن ثبت له فكذلك الولاء وقد روي عن عثمان نحو هذا وعن زيد وأنكرهما ابن اللبان، وقال: مشهور عن عثمان أنه قضى الولاء للزبير على رافع بن خديج.

ولنا: إن الانتساب إلى الأب، فكذلك الولاء، ولذلك لو كانا حرين كان ولاء ولدها لمولى أبيه، فلما كان مملوكاً كان الولاء لمولى الأم ضرورة، فإذا أعتق العبد الأب زالت الضرورة فعادت النسبة إليه، والولاء إلى مواليه. وروى عبد الرحمن عن الزبير: «أنه لما قدم خيبر رأى فتية لعسا، فأعجبه ظرفهم وجمالهم فسأل عنهم، فقيل له: موالي رافع بن خديج وأبوهم مملوك لآل الحرقة، فاشترى الزبير أباهم فأعتقه، وقال لأولاده: انتسبوا إلي، فإن ولاءكم لي. فقال رافع بن خديج: الولاء لي، فإنهم عتقوا بعتقي أمهم، فاحتكموا إلى عثمان فقضى بالولاء للزبير، فاجتمعت الصحابة عليه» اللعس سواد في الشفتين تستحبه العرب، ومثله اللمى قال ذو الرمة:

لمياء في شفتيها حوة لعس وفي اللثات وفي أنيابها شنب

فصل: وحكم المكاتب يتزوج في كتابته، فيأتي له أولاد، ثم يعتق حكم العبد القن في جر الولاء، وكذلك المدبر والمعلق عتقه بصفة لأنهم عبيد، فإن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم.

فصل: إذا انجر الولاء إلى موالي الأب ثم انقرضوا عاد الولاء إلى بيت المال، ولم يرجع إلى موالي الأم بحال، في قول أكثر أهل العلم. وحكي عن ابن عباس أنه يعود إلى موالي الأم، والأول أصح، لأن الولاء جرى مجرى الانتساب. ولو انقرض الأب وآباؤه لم تعد النسبة إلى الأم كذلك الولاء. فإذا ثبت هذا فولدت بعد عتق الأب كان ولاء ولدها لموالي أبيه فلا خلاف، فإن نفاه باللعان عاد ولاؤه إلى موالي الأم، لأنا نتبين أنه لم يكن أب ينتسب إليه، فإن عاد فاستلحقه فعاد الولاء إلى موالي الأب.

فصل: ولا ينجر الولاء إلا بشروط ثلاثة. **أحدها**: أن يكون الأب عبداً حين الـولادة، فإن كان حراً وزوجته مـولاة، لم يخل، إمـا أن يكون حـر الأصل فـلا ولاء عليه ولا عـلى ولده بحال، وإن كان مولى ثبت الولاء على ولده لمواليه ابتـداء، ولا حر فيـه. **الثاني**: أن تكـون الأم مولاة، فإن لم تكن كذلك لم تخل، إما أن تكون حرة الأصل، فلا ولاء على ولدهـا بحال، وهم أحرار بحريتها، أو تكون أمة فولدها رقيق لسيدها فإن أعتقهم فولاؤهم له لا ينجر عنه بحال، سـواء أعتقهم بعد ولادتهم أو أعتق أمهم حـاملاً بهم فعتقـوا بعقتها، لأن الـولاء يثبت بـالعتق مباشرة، فلا ينجر عن المعتق، لقوله عليه السـلام: «الولاء لمن أعتق» وإن أعتقهـا المولى فـأتت بولد لدون ستة أشهر، فقد مسه الرق وعتق بالمباشرة، فـلا ينجر ولاؤه، وإن أتت بـه لأكثر من ستة أشهر مع بقاء الزوجية، لم يحكم بمس الـرق له وانجـر ولاؤه، لأنه يحتمـل أن يكون حـادثاً بعد العتق فلم يمسه الرق ولم يحكم برقه بالشك، وإن كانت المرأة بائناً وأتت بولد لأربع سنين من حين الفرقة لم يلحق بالأب، وكـان ولاؤه لمولى أمـه، وإن أتت به لأقـل من ذلك لحقـه الولـد، وانجر ولاؤه وولد الأمة مملوك، سواء كان من نكاح أو من سفاح عربياً كان الـزوج أو أعجمياً، وهذا قول عامة الفقهاء. وعن عمر: إن زوجها عربياً فولده حر وعليـه قيمته، ولا ولاء عليـه، وعن أحمد مثله، وبه قال ابن المسيب والثوري والأوزاعي، وأبو ثور، وبه قال الشـافعي: في القديم ثم رجع عنه، والأول أولى لأن أمهم أمة فكانوا عبيداً، كما لو كان أبوهم أعجمياً.

الثالث: أن يعتق العبد سيده، فإن مات على الرق لم ينجر الولاء بحال، وهذا لا خلاف فيه، فإن اختلف سيد العبد ومولى الأم في الأب بعد مـوته، فقـال سيده: مـات حراً بعـد جر الولاء. وأنكر ذلك مولى الأم، فـالقول قـول مولى الأم ذكـره أبو بكـر لأن الأصل بقـاء الرق، وهذا مذهب الشافعي.

فصـل: فـإن لم يعتق الأب، ولكن عتق الجـد، فقـال أحمـد: لا يجـر الـولاء ليس هـو كالأب، وبهذا قال أبو حنيفة وصاحباه. عن أحمد: أنه يجره، وبه قال شريح والشعبي والنخعي وأهل المدينة، وابن أبي ليلى، والحسن بن صالح، وابن المبـارك. وأبو ثـور، وضرار بن صرد، والشافعي في أحد قوليه، فإن أعتق الأب بعد ذلـك جره عن مـوالي الجد إليـه، لأن الجد يقـوم مقام الأب في التعصيب وأحكام النسب، فكذلك في جر الولاء وقال زفر: إن كـان الأب حياً، لم يجر الجد الولاء، وإن كان ميتاً جره، وهو القول الثاني للشافعي.

ولنا: إن الأصل بقاء الولاء لمستحقه، وإنما خـولف هذا الأصـل للاتفـاق على أنـه ينجر بعتق الأب والجد لا يساويه، بدليل: أنه لو عتق الأب بعد الجـد جره من مـوالي الجد إليـه ولو أسلم الجـد لم يتبعه ولـد ولده، ولأن الجـد يدلي بغـيره ولا يستقر الـولاء عليه، فلم يجـر الولاء كالأخ، وكونه يقوم مقام الأب لا يلزم أن ينجر الولاء إليه كالأخ، وعلى القول الآخر: لا فـرق

بين الجد القريب والبعيد، لأن البعيد يقوم مقام الأب كقيام القريب، ويقتضي هذا أنه متى عتق البعيد فجر الولاء. ثم عتق من هو أقرب منه جر الولاء إليه ثم إن عتق الأب جر الولاء، لأن كل واحد يحجب من فوقه ويسقط تعصيبه وإرثه وولايته، ولو لم يعتق الجد، لكن كان حراً وولده مملوك فتزوج مولاة قوم فأولدها أولاداً فولاهم لمولى أمهم، وعند من يقول يجر الجد الولاء يكون لمولى الجد وإن لم يكن مولى بل كان حر الأصل، فلا ولاء على ولد أبيه، فإن أعتق أبوه بعد ذلك، لم يعد على ولده ولاء، لأن الحرية ثبتت له من غير ولاء فلم يتجدد عليه ولاء كالحر الأصلي.

فصل: وإذا كان أحد الزوجين الحرين حر الأصل فلا ولاء على ولدهما. سواء كان الآخر عربياً أو مولى. لأن الأم إن كانت حرة الأصل فالولد يتبعها فيما إذا كان الأب رقيقاً في إبقاء الرق والولاء، فلأن يتبعها في نفي الولاء وحده أولى، وإن كان الأب حر الأصل، فالولد يتبعه فيما إذا كان عليه ولاء بحيث يصير الولاء عليه لمولى أبيه، فلأن يتبعه في سقوط الولاء عنه أولى، وهذا قولَ أكثر أهل العلم، وسواء كان الأب عربياً أو أعجمياً، وقال أبو حنيفة: إن كان أعجمياً والأم مولاة ثبت الولاء على ولده، وليس بصحيح لأنه حر الأصل فلم يثبت الولاء على ولده كما لو كان عربياً، وسواء كان مسلماً أو ذمياً أو حربياً أو مجهول النسب أو معلومه، وهذا قول أبي يوسف ومالك وشريح. وقال القاضي: إن كان مجهول النسب ثبت الولاء على ولده لمولى الأم إن كانت مولاة، قال ابن اللبان وهذا ظاهر مذهب الشافعي، وقال الخبري: وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وأحمد لأن مقتضى ثبوته لمولى الأم موجود وإنما امتنع في محل الوفاق بحرية الأب، فإذا لم يكن معلومه فقد وقع الشك في المنافع فيبقى على الأصل ولا يزول عن اليقين بالشك ولا يترك العمل بالمقتضي مع الشك في المانع.

ولنا: إن الأب حرم محكوم بحريته فأشبه معروف النسب ولأن الأصل في الآدميين الحرية وعدم الولاء، فلا يترك هذا الأصل بالوهم في حق الولد كما لم يترك في حق الأب. وقولهم: مقتضى ثبوته لمولى الأم موجود ممنوع فإنه إنما ثبت لمولى الأم بشرط رق الأب وهذا الشرط منتف حكماً وظاهراً. وإن سلمنا وجود المقتضي فقد ثبت المانع حكماً فإن الأب حريته ثابتة حكماً فلا تعويل على ما قالوه وإن كان الأب مولى والأم مجهولة النسب فلا ولاء عليه في قولنا وقياس قول القاضي والشافعي أن يثبت الولاء عليه لمولى ابنه لأنا شككنا في المانع من ثبوته.

ولنا: ما ذكرنا في التي قبلها ولأن الأم لا تخلو من أن تكون حرة الأصل فلا ولاء على ولدها أو أمة فيكون ولدها عبداً أو مولاة فيكون على ولدها الولاء لمولى أبيه والاحتمال الأول راجح لوجهين:

أحدهما: أنه محكوم به في الأم فيجب الحكم به في ولدها.

الثاني: أنه معتضد بالأصل فإن الأصل الحرية ثم لو لم يترجح هذا الاحتمال لكان الاحتمال الذي صاروا إليه معارضاً باحتمالين كل واحد منهما مساو له.فترجيحه عليهم تحكم لا يجوز المصير إليه بغير دليل وهذا وارد عليهم في المسألة الأولى أيضاً.

فصل: إذا تزوج معتق بمعتقة فأولدها ولدين فولاؤهما لمولى أبيها فإن نفاهما باللعان عاد ولاؤهما إلى مولى أمها فإن مات أحدهما فميراثه لأمه ومواليها فإن أكذب أبوهما نفسه لحقه نسبهما واسترجع الميراث من موالي الأم، ولو كان أبوهما عبداً ولم ينفهما وورث موالي الأم الميت منها ثم أعتق الأب انجر الولاء إلى موالي الأب ولم يكن لهم ولاء وللأب استرجاع الميراث لأن الولاء إنما ثبت لهم عند إعتاق الأب ويفارق الأب إذا أكذب نفسه لأن النسب ثبت من حين خلق الولد.

فصل: إذا تزوج عبد بمعتقة فأولدها ولداً فتزوج الولد بمعتقة رجل فأولدها ولداً فولاء اشترى أحدهم أباه عتق عليه وله ولاؤه ويجر إليه ولاء أولاده كلهم ويبقى ولاء المشتري لمولى أمه لأنه لا يكون مولى نفسه، وهذا قول جمهور الفقهاء مالك في أهل المدينة وأبو حنيفة في أهل العراق والشافعي. وشذ عمرو بن دينار المدني فقال يجر ولاء نفسه فيصير حراً لا ولاء عليه. قال ابن سريج ويحتمله قول الشافعي ولا يعول على هذا القول لشذوذه، ولأنه يؤدي إلى أن يكون الولاء ثابتاً على أبويه دونه مع كونه مولوداً لهما في حال رقهما أو في حال ثبوت الولاء عليهما وليس لنا مثل هذا في الأصول ولا يمكن أن يكون مولى نفسه يعقل عنها ويرثها ويزوجها لكن لو اشترى هذا الولد عبداً فأعتقه ثم اشترى العبد أبا معتقه فأعتقه فإنه ينجر إليه ولاء سيده فيكون لهذا الولد على معتقه الولاء بإعتاقه إياه وللعتيق ولاء معتقه بولائه على أبيه وجره ولاءه بإعتاقه إياه ولا يمتنع مثل هذا كما لو أعتق الحربي عبداً فأسلم ثم أسر سيده وأعتقه صار كل واحد منهما مولى الآخر من فوق ومن أسفل ويرث كل واحد منهما الآخر بالولاء، وكما جاز أن يشتركا في النسب فيرث كل واحد منهما صاحبه به كذلك الولاء، وإن تزوج ولد المعتقة معتقة فأولدها ولداً فاشترى جدة عتق عليه وله ولاؤه ويجر إليه ولاء أبيه وسائر أولاد جده وهم عمومته وعماته وولاء جميع معتقيهم ويبقى ولاء المشتري لمولى أم أبيه، وعلى قول عمرو بن دينار يبقى حراً لا ولاء عليه.

فصل: إذا تزوج عبد بمعتقه فأولدها ولداً فتزوج الولد بمعتقة رجل فأولدها ولداً فولاء هذا الولد الآخر لمولى أم أبيه في أحد الوجهين لأن له الولاء على أبيه فكان الولاء له عليه كما لو كان مولى جده، ولأن الولاء الثابت على الأب يمنع ثبوت الولاء لمولى الأم.

والوجه الثاني: ولاؤه لمولى أمه لأن الولاء الثابت على ابنه من جهة أمه ومثل ذلك ثابت في حق نفسه وما ثبت في حقه أولى مما ثبت في حق أبيه ألا ترى أنه لو كان له مولى ولأبيه مولى

كان مولاه أحق به من مولى أبيه؟ فإن كان له أم ومولى أم أب ومولى أم جد وجدة مملوك فعلى الوجه الأول يكون لمولى أم الجد وعلى الثاني يكون لمولى الأم.

فصل: وإن تزوج معتق بمعتقة فأولدها بنتاً وتزوج عبد بمعتقة فأولدها ابناً فتزوج هذا الابن بنت المعتقين فأولدها ولداً فولاء هذا الولد لمولى أم أبيه لأن له الولاء على أبيه، وإن تزوجت بنت بمملوك فولاء ولدها لمولى أبيها لأن ولاءها له فإن كان أبوها ابن مملوك ومعتقة فالولاء لمولى أم أبي الأم على الوجه الأول لأن مولى أبي الأم يثبت له الولاء على أبي الأم فكان مقدماً على المعتقين أمها ويثبت له الولاء عليها.

فصل: في دور الولاء

إذا تزوج عبد معتقة فأولدها بنتين فاشترتا أباهما عتق عليهما ولهما عليه الولاء وتجر كل واحدة منهما نصف ولاء أختها إليها لأنها أعتقت نصف الأب ولا ينجر الولاء الذي عليها ويبقى نصف ولاء كل واحدة منهما لمولى أمها فإن مات الأب فماله لهما ثلثاه بالبنوة وباقيه بالولاء فإن ماتت إحداهما بعد ذلك فلأختيها النصف بالنسب ونصف الباقي بأنها مولاة نصفها فصار لها ثلاثة أرباع مالها والربع الباقي لمولى أمها فإن كانت إحداهما ماتت قبل أبيها فمالها لأبيها. ثم إذا مات الأب فللباقية نصف ميراث أبيها فمالها لأبيها، ثم إذا مات الأب فللباقية نصف ميراث أبيها لكونها بنته ونصف الباقي وهو الربع لكونها مولاة نصفه يبقى الربع لموالي البنت التي ماتت قبله فنصفه لهذه البنت لأنها مولاة نصف أختها صار لها سبعة أثمان ميراثه ولمولى أم الميتة الثمن فإن ماتت البنت الباقية بعدهما فمالها لمواليها نصفه لمولى أمها ونصفه لمولى أختها الميتة وهم أختها وموالي أمها فنصفه لمولى أمها وهو الربع والربع الباقي يرجع إلى هذه الميتة فهذا الجزء دائر لأنه خرج من هذه الميتة ثم دار إليها فقال القاضي يجعل في بيت المال لأنه لا مستحق له نعلمه وهذا قول محمد بن الحسن وقياس قول مالك والشافعي.

وقال بعض الشافعية وبعض المدنيين هو لمولى أم الميتة وهذا قول الجمهور وهاتان المسألتان أصل في دور الولاء وفيها أقوال شاذة سوى ما ذكرناه وهذا أصح ما قيل فيها إن شاء الله فإن ماتت الابنتان قبل الأب وورث مالهما بالنسب فإن مات بعدهما فماله يقسم على ثمانية أسهم لكل واحدة من ابنتيه أربعة أسهم سهمان لمولى أمها وسهمان لمولى أختها يقسمان أيضاً لموالي أمها سهم وسهم دائر يرجع إلى بيت المال فيحصل لبيت المال الربع ولمولى أمها ثلاثة أرباع فإن كن ثلاثاً ماتت إحداهن قبل الأب والأخرى بعده فمال الأب على سبعة وعشرين لابنتيه ثلثاها بالنسب وثلثا الباقي بولائهما عليه وثلث الباقي بولائهما على أختهما ويبقى لمولى الأم سهم، ومال الثانية على ثمانية عشر للحية تسعة بالنسب وثلاثة بولائها عليها ولمولى أمها ثلاثة ويبقى ثلاثة لموالي الميتة الأولى للحية سهم ولمولى أمها سهم ويبقى سهم دائر فمن جعله لبيت المال دفعه إليه

ومن جعله لمولى الأم فهو له ومن لم يدفعه قسمه بين الحية ومولى الأم نصفين وترجع بالاختصار إلى أربعة فإن كانت أمهاتهن شتى فمن اثني عشر، فإن اشترى الابنتان أباهما ثم اشترى أبوهما هو والكبرى جدهما ثم مات الأب فماله بينهم أثلاثاً ثم إذا مات الجد وخلف ابنتي ابنه فلهما الثلثان وللكبرى نصف الباقي لكونها مولاة نصف يبقى السدس لموالي الأب لأنه مولى نصف الجد وهم ابنتاه فيحصل للكبرى ثلث المال وربعه وللصغرى ربعه وسدسه فإن كانت بحالها فاشترت الكبرى وأبوها أخاهما لأبيهما فالجواب فيها كالتي قبلها.

باب ميراث الولاء

يعني والله أعلم الميراث بالولاء وأضاف الميراث إليه لأنه سببه فإن الشيء يضاف إلى سببه كما يقال: دية الخطأ ودية العمد وإنما قلنا ذلك لأن الولاء لا يورث وإنما يورث به وهذا قول الجمهور روي نحو ذلك عن عمر وعثمان وعلي وزيد وابن مسعود وابن عمر وأسامة بن زيد وأبي مسعود البدري وأبي بن كعب وبه قال عطاء وطاوس وسالم والزهري والحسن وابن سيرين وقتادة والشعبي وابراهيم ومالك والشافعي وأهل العراق وداود وجعل شريح الولاء موروثاً كالمال.

ولنا: قول النبي ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق» وقوله: «الولاء لحمة كلحمة النسب» والنسب يورث به ولا يورث فكذلك الولاء ولأن الولاء إنما يحصل بإنعام السيد على المعتق. وهذا المعنى لا ينتقل عن المعتق فكذلك الولاء.

مسألة: قال: (ولا يرث النساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن).

وقد روي عن أبي عبد الله رحمه الله في بنت المعتق خاصة أنها ترث لما روي عن النبي ﷺ: «أنه ورث بنت حمزة من الذي أعتقه حمزة» قوله ولا يرث النساء من الولاء لما قدمنا من أن الولاء لا يورث ولهذا قال: إلا ما أعتقن ومعتقهن ولاؤه لهن فكيف يرثنه؟ والظاهر من المذهب أن النساء لا يرثن بالولاء إلا ما أعتقن أو عتق من أعتقن وجر الولاء إليهن من أعتقن والكتابة كذلك فإنها إعتاق قال القاضي هذا ظاهر كلام أحمد والرواية التي ذكرها الخرقي في ابنه المعتق ما وجدتها منصوصة عنه. وقا قال في رواية ابن القاسم وقد سأله علي كان لمولى حمزة أو لابنته؟ فقال فقد نص على أن ابنة حمزة ورثت بولاء نفسها لأنها هي المعتقة وهذا قول الجمهور

وهو قول من سمينا في أول الباب من الصحابة والتابعين ومن بعدهم غير شريح والصحيح الأول لإجماع الصحابة ومن بعدهم عليه ولأن الولاء لحمة كلحمة النسب والمولى كالنسيب من الأخ والعم ونحوهما فولده من العتيق بمنزلة ولد أخيه وعمه ولا يرث منهم إلا الذكور خاصة فأما رواية الخرقي في بنت المعتق فوجهها ما روى ابراهيم النخعي «أن مولى لحمزة مات وخلف بنتاً فورث النبي ﷺ بنته النصف وجعل لبنت حمزة النصف» والصحيح أن المولى كان لبنت حمزة. قال عبد الله بن شداد: «كان لبنت حمزة مولى أعتقته فمات وترك ابنته ومولاته بنت حمزة فرفع ذلك إلى رسول الله ﷺ فأعطى ابنته النصف وأعطى مولاته بنت حمزة النصف» قال عبد الله بن شداد: «أنا أعلم بها لأنها أختي من أمي أمنا سلمى» رواه ابن اللبان بإسناده وقال هذا أصح مما روى إبراهيم، ولأن البنت من النساء فلا ترث بالولاء كسائر النساء، فأما توريث المرأة من معتقها ومعتق معتقها ومن جر ولاء معتقها فليس فيه اختلاف بين أهل العلم، وقد نص النبي ﷺ على ذلك فإن عائشة أرادت شراء بريرة لتعتقها ويكون ولاؤها لها فأراد أهلها اشتراط ولائها فقال النبي ﷺ: «اشتريها واشترطي لهم الولاء فإنما الولاء لمن أعتق» متفق عليه وقال عليه السلام: «تحوز المرأة ثلاثة مواريث عتيقها ولقيطها وولدها الذي لاعنت عليه» قال الترمذي: هذا حديث حسن ولأن المعتقة منعمة بالإعتاق كالرجل فوجب أن تساويه في الميراث وفي حديث مولى بنت حمزة الذي ذكرناه تنصيص على توريث المعتقة، وأما معتق أبيها فهو بمنزلة عمها أو عم أبيها فلا ترثه ويرثه أخوها كالنسب.

ومن مسائل ذلك: رجل مات وخلف ابن معتقه وبنت معتقه فالميراث لابن معتقه خاصة وعلى الرواية الأخرى يكون الميراث بينهما أثلاثاً فإن لم يخلف إلا بنت معتقه فلا شيء لها وماله لبيت المال على الرواية الأخرى فإن الميراث لها، وإن خلف أخت معتقه فلا شيء لها رواية واحد وكذلك وإن خلف أم معتقه أو جدة معتقه أو غيرهما، وإن خلف أخاً معتقه وأخت معتقه فالميراث للأخ، ولو خلف بنت معتقه وابن عم معتقه أو معتق معتقه أو ابن معتق معتقه فالمال له دون البنت إلا على الرواية الأخرى فإن لها النصف والباقي للعصبة، وإن خلف بنته ومعتقه فلبنته النصف والباقي لمعتقه كما في قصة مولى بنت حمزة فإنه مات وخلف بنته وبنت حمزة التي أعتقته فأعطى النبي ﷺ بنته النصف والباقي لمولاته، وإن خلف ذا فرض سوى البنت كالأم أو الجدة أو الأخت أو الأخ من الأم أو الزوج أو الزوجة أو من لا يستغرق فرضه المال أو مولاه أو مولاته فإن لذي الفرض فرضه والباقي لمولاه أو مولاته في قول جمهور العلماء وقد سبق ذكر ذلك رجل وابنته أعتقا عبداً ثم مات الأب وخلف ابنه وبنته فماله بينهما أثلاثاً ثم مات العبد فللبنت النصف لأنها مولاة نصفه والباقي لابن المعتق خاصة إلا على الرواية الضعيفة فإن الباقي يكون بينهما على ثلاثة فيكون للبنت الثلثان ولأخيها الثلث، وإن ماتت البنت قبل العبد وخلفت ابناً ثم مات العبد فلابنها النصف والباقي لأخيها، ولو لم تخلف

البنت إلا بنتاً كان الولاء كله لأخيها دون بنتها إلا على الرواية الأخرى فإن لبنتها النصف والباقي لأخيها وإن مات الابن قبل العبد وخلف بنتاً ثم مات العبد وخلف معتقة وبنت[1] أخيها فللمعتقة نصف ماله وباقيه لبيت المال وعلى الرواية الأخرى لها النصف بإعتاقها ونصف الباقي لأنها بنت معتق النصف والباقي لعصبة ابنها، ولو كانت البنت ماتت أيضاً قبل العبد وخلفت ابنها ثم مات العبد فلابنها النص ولا شيء لبنت أخيها. امرأة أعتقت أباها ثم أعتق أبوها عبداً ثم مات الأب ثم للعبد فمالهما لها، فإن كان أبوها خلف بنتاً أخرى معها فلهما ثلثا مال الأب بالنسب والباقي للمعتقة بالولاء ومال العبد جميعه للمعتقة دون أختها ويتخرج على الرواية الأخرى أن يكون لهما ثلثا مال العبد أيضاً وباقيه للمعتقة، ولو كان الأب خلف مع المعتقة ابناً فمال الأب بينهما أثلاثاً بالبنوة ومال العبد كله للابن دون أخته المعتقة لأنه يرث بالنسب والنسب مقدم على الولاء ولو خلف الأب أخاً أو عماً أو ابن عم مع البنت فللبنت نصف ميراث أبيها وباقيه لعصبته ومال العبد لعصبته ولا شيء لبنته فيه لأن العصبة من النسب مقدم على المعتق في الميراث إلا على رواية الخرقي فإن للبنت نصف ميراث العبد لكونها بنت المعتق وباقيه لعصبته. امرأة وأخوها أعتقا أباهما ثم أعتق أبوهما عبداً ثم مات الأب فماله بينهما أثلاثاً ثم إذا مات العبد فميراثه للابن دون أخته لأنه ابن المعتق يرثه بالنسب وهي مولاة المعتق ولأن المعتق يقدم على مولاه، فإن مات أخوها قبل أبيه وخلف بنتاً فماله بين ابنته وابنه نصفين ثم إذا مات الأب فقد خلف بنته وبنت ابنه وبنته مولاة نصفه فلبنته النصف ولبنت ابنه السدس ويبقى الثلث لبنته نصفه وهو السدس لأنها مولاة نصفه يبقى السدس لموالي الأخ إن كان ابن معتقه وهم أخته وموالي أمه فلأخته نصف السدس والنصف الباقي لمولى أمه فحصل لأخيه النصف والربع والسدس، وإن لم يكن ابن معتقه بل كانت أمه حرة الأصل فلا ولاء عليه وتأخذ أخته الباقي كله بالرد إن لم يخلف الأب عصبة فإن خلف الأب عصبة من نسبه كأخ أو عم أو ابن عم أو عم أب فلبنته النصف والباقي لعصبته، ولو اشترى رجل وأخته أخاهما ثم اشترى أخوهما عبداً فأعتقه ثم مات أخوهما فماله بينهما أثلاثاً ثم إذا مات عتيقه فميراثه لأخيه دون أخته، ولو مات الأخ المعتق قبل موت العبد وخلف ابنه ثم مات العبد فميراثه لابن أخيها دونها لأنه ابن أخي المعتق، وإن لم يخلف الأخ إلا بنته فنصف مال العبد للأخت لأنها معتقة نصف معتقه ولا شيء لبنت الأخ رواية واحدة والباقي لبيت المال.

فصل: إذا خلف الميت بنت مولاه ومولى أبيه فماله لبيت المال لأنه إذا ثبت عليه الولاء من جهة مباشرته بالعتق لم يثبت عليه بإعتاق أبيه وإذا لم يكن لمولاه إلا ابنة لم ترث لأنها ليست عصبة وإنما يرث عصبات المولى فإذا لم يكن له عصبة لم يرجع إلى معتق أبيه وكذلك إن كان له

(١) في نسخة معتقة نصفه ونصف أخيه.

معتق أب أو معتق جد ولم يكن هو معتقاً فميراثه لمعتق أبيه إن كان ابن معتقه ثم لعصبة معتق أبيه ثم لمعتق أبيه فإن لم يكن له أحد منهم فلبيت المال ولا يرجع إلى معتق جده، وإن كانت أمه حرة الأصل فلا ولاء عليه وليس لمعتق أبيه شيء.

فصل: امرأة حرة ولا ولاء عليها وأبواها رقيقان أعتق إنسان أباها ويتصور هذا في موضعين:

أحدهما: أن يكون جميعهم كفاراً فتسلم هي ويسبي أبواها فيسترقان.

والثاني: أن يكون أبوها عبداً تزوج أمة على أنها حرة فولدتها ثم ماتت وخلفت معتق أبيها لم يرثها لأنه إنما يرث بالولاء وهذه لا ولاء عليها وهكذا الحكم فيما إذا تزوج عبد حرة الأصل فأولدها ولداً ثم أعتق العبد ومات ثم مات الولد فلا ميراث لمعتق أبيه لأنه لا ولاء عليه، ولو كان ابنتان على هذه الصفة اشترت إحداهما أباها فعتق عليها فلها ولاؤه وليس لها ولاء على أختها، فإذا مات أبوهما فلهما الثلثان بالنسب ولها الباقي بالولاء فإذا ماتت أختها فلها نصف ميراثه بالنسب وباقيه لعصبتها فإن لم يكن لها عصبة فالباقي لأختها بالرد ولا ميراث لها منها بالولاء لأنها لا ولاء عليها.

فصل: ولا يرث من أقارب المعتق ذو فرض منفرد كالأخ من الأم والزوج لأن الولاء للعصبات وليس هؤلاء عصبات فحكمهم حكم النساء وقد روي عن أحمد أنه قال: لا يرث النساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن إلا أن الملاعنة ترث من أعتق ابنها وهذا يخرج على الرواية التي تقول إن الملاعنة عصبة ابنها وهي أحق بالميراث من عصبتها فترث لكونها عصبة قائمة مقام أبيه فأما على الرواية الأخرى فإن الولاء يكون لعصبتها.

مسألة: قال: (والولاء لأقرب عصبة المعتق).

وجملة ذلك: أن المولى العتيق إذا لم يخلف من نسبه من يرث ماله كان ماله لمولاه على ما أسلفناه فإن كان مولاه ميتاً فهو لأقرب عصبته سواء كان ولداً أو أباً أو أخاً أو عماً أو ابن عم أو عم أب، وسواء كان المعتق ذكراً أو أنثى، فإن لم يكن له عصبة من نسبه كان الميراث لمولاه ثم لعصباته الأقرب فالأقرب ثم لمولاه وكذلك أبداً روي هذا عن عمر رضي الله عنه وبه قال الشعبي والزهري وقتادة ومالك والثوري والأوزاعي والشافعي وأبو حنيفة وصاحباه. وقد روي عن علي ما يدل على أنه مذهبه في امرأة ماتت وخلفت ابنها وأخاها أو ابن أخيها أن ميراث مواليها لأخيها وابن أخيها دون ابنها وروي عنه الرجوع إلى مثل قول الجماعة فروي عن ابراهيم أنه قال: اختصم علي والزبير في موالي صفية بنت عبد المطلب. فقال علي: أنا أحق بهم أنا أرثهم وأعقل عنهم، وقال الزبير: هم موالي أمي وأنا أرثهم فقضى عمر للزبير بالميراث والعقل

على علي رواه سعيد قال حدثنا أبو معاوية حدثنا عبيدة الضبي عن ابراهيم وقال ثنا هشيم ثنا الشيباني عن الشعبي قال: «قضى بولاء موالي صفية للزبير دون العباس» وقضى عمر في موالي أم هانىء بنت أبي طالب لأبيها جعدة بن هبيرة دون علي، وروى الإمام أحمد بإسناده عن زياد بن أبي مريم «أن امرأة أعتقت عبداً لها ثم توفيت وتركت ابناً لها وأخاها ثم توفي مولاها من بعدها فأتى أخو المرأة وابنها رسول الله ﷺ في ميراثه فقال عليه السلام: ميراثه لابن المرأة، فقال أخوها: يا رسول الله ﷺ لو جر جريرة كانت علي ويكون ميراثه لهذا؟ قال: نعم» وروى بإسناده عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قال: «المولى أخ في الدين ومولى النعمة يرثه أولى الناس بالمعتق» إذا ثبت هذا: فإن المعتقة إذا ماتت وخلفت ابنها وأخاها أو ابن أخيها ثم مات مولاها فميراثه لابنها وإن مات ابنها بعدها وقبل مولاها وتركت عصبة كأعمامه وبني أعمامه ثم مات العبد وترك أخا مولاته وعصبة ابنها فميراثه لأخي مولاته لأنه أقرب عصبة المعتق فإن المرأة لو كانت هي الميتة لورثها أخوها وعصبتها فإن انقرض عصبتها كان بيت المال أحق به من عصبة أبيها يروى نحو هذا عن علي، وبه قال أبان بن عثمان وقبيصة بن ذؤيب وعطاء وطاوس والزهري وقتادة ومالك والشافعي وأهل العراق وروي عن علي رواية أخرى أنه لعصبة الابن وروي نحو ذلك عن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب وبه قال شريح وهذا يرجع إلى أن الولاء لا يورث كما يورث المال وقد روي عن أحمد نحو هذا واحتجوا بأن عمرو بن شعيب روى عن أبيه عن جده «أن رئاب بن حذيفة تزوج امرأة فولدت له ثلاثة غلمة فماتت أمهم فورثوا عنها ولاء مواليها وكان عمرو بن العاص عصبة بنيها فأخرجهم إلى الشام فماتوا فقدم عمرو بن العاص ومات مولاها وترك مالاً فخاصمه إخوتها إلى عمر فقال: قال رسول الله ﷺ: ما أحرز الوالد والولد فهو لعصبته من كان، قال وكتب له كتاباً فيه شهادة عبد الرحمن بن عوف وزيد بن ثابت ورجل آخر قال فنحن فيه إلى الساعة» رواه أبو داود وابن ماجة في سننهما، والصحيح الأول فإن الولاء لا يورث على ما ذكرنا من قبل وإنما يورث به وهو باق للمعتق يرث به أقرب عصباته ومن لم يكن من عصباته لم يرث شيئاً وعصبات الابن غير عصبات أمه فلا يرث الأجانب منها بولائها دون عصباتها وحديث عمرو بن شعيب غلط قال حميد: الناس يغلطون عمرو بن شعيب في هذا الحديث، فعلى هذا لا يرث المولى العتيق من أقارب معتقه إلا عصباته الأقرب منهم فالأقرب على ما ذكرنا في ترتيب العصبات، ولا يرث ذو فرض بفرضه ولا ذو رحم، فإن اجتمع لرجل منهم فرض وتعصيب كالأب والجد والزوج والأخ من الأم إذا كانا ابني عم ورث بما فيه من التعصيب ولم يرث بفرضه شيئاً وإن كان عصبات في درجة واحدة كالبنين وبنيهم والإخوة وبنيهم والأعمام وبنيهم اقتسموا الميراث بينهم بالسوية وهذا كله لا خلاف فيه سوى ما ذكرنا من الأقوال الشاذة والله أعلم.

مسألة: قال: (وإذا مات المعتق وخلف أبا معتقه وابن معتقه فلأبي معتقه السدس وما بقي فللابن).

نص أحمد على هذا في رواية جماعة من أصحابه وكذلك قال في جد المعتق وابنه وقال ليس الجد والأخ والابن من الكبر في شيء يجزيهم على الميراث وهذا قول شريح والنخعي والأوزاعي والعنبري وإسحاق وأبي يوسف ويروى عن زيد أن المال للابن وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والشعبي والحسن والحكم وقتادة وحماد والزهري ومالك والثوري وأبو حنيفة ومحمد والشافعي وأكثر الفقهاء لأن الابن أقرب العصبة والأب والجد يرثان معه بالفرض ولا يرث بالولاء ذو فرض بحال.

ولنا: إنه عصبة وارث فاستحق من الولاء كالأخوين ولا نسلم أن الابن أقرب من الأب بل هما في القرب سواء وكلاهما عصبة لا يسقط أحدهما صاحبه وإنما هما يتفاضلان في الميراث فكذلك في الإرث بالولاء ولذلك يقدم الأب على الابن في الولاية والصلاة على الميت وغيرهما وحكم الأب مع ابن الابن وإن سفل حكم الجد وإن علا مع الابن وابنه سواء.

مسألة: قال: (وإن خلف أخا معتقه وجد معتقه فالولاء بينهما نصفين).

وبهذا قال عطاء والليث ويحيى الأنصاري ومال إليه الأوزاعي وهو قول الشافعي وقول الثوري وأبي يوسف ومحمد والذين نزلوا الجد أباً جعلوا الجد أولى وورثوه وحده وروي عن زيد أن المال للأخ وهو قول مالك والشافعي لأن الأخ ابن الأب والجد وأبوه والابن أحق من الأب.

ولنا: إنهما عصبتان يرثان المال نصفين فكان الولاء بينهما نصفين كالأخوين. وإن ترك جد مولاه وابني أخي مولاه فالمال لجده في قولهم جميعاً إلا مالك جعل الميراث لابن الأخ وإن سفل، وقال الشافعي أيضاً لأن ابن الابن وإن سفل يقدم على الأب وليس هذا بصواب فإن ابن الأخ محجوب عن الميراث بالجد فكيف يقدم عليه، ولأن الجد أولى بالمعتق من ابن الأخ فيرث مولاه لقول النبي ﷺ «المولى أخ في الدين وولي نعمة يرثه أحق الناس بالمعتق» والدليل على أن الجد أولى أنه يرث ابن ابنه دون ابن الأخ فيكون أولى لقول النبي ﷺ: «ألحقوا الفرائض بأهلها وما أبقت الفروض فلأولى رجل ذكر» وفي لفظ «فلأولى عصبة ذكر» ولأن الجد أب فيقدم على ابن الأخ كالأب الحقيقي. ولأنه يقدم في ميراث المال فقدم في الميراث بالولاء كسائر العصبات.

فصل: فإن اجتمع إخوة وجد فميراث المولى بينهم كمال سيده، وإن اجتمع إخوة من أبوين وإخوة من أب عاد الإخوة من الأبوين الجد بالإخوة من الأب ثم ما حصل لهم أخذه ولد الأبوين، وقال ابن سريج يحتمل أنه بينهم على عددهم ولا يعاد ولد الأبوين الجد بولد الأب.

ولنا: إنه ميراث من الجد والإخوة فأشبه الميراث بالنسب، فإن كان مع الإخوة أخوات لم يعتد بهن لأنهن لا يرثن منفردات فلا يعتد بهن كالإخوة من الأم، وإن انفرد الإخوة من الأب مع الجد فحكمهم حكم الإخوة من الأبوين.

فصل: وإن ترك جد مولاه وعم مولاه فهو للجد وكذلك إن ترك جد أبي مولاه وبه يقول الثوري والأوزاعي وأهل العراق، وقال الشافعي: هو للعم وبنيه وإن سفلوا دون جد الأب وهو قياس قول مالك قال الشافعي: ومن جعل الجد والأخ سواء فجد الأب والعم سواء وهو أولى من ابن العم.

ولنا: قول النبي ﷺ: «يرثه أولى الناس بالمعتق» والجد أولى بالمعتق بدليل أنه أولى الناس بماله وولايته ويقدم في تزويجه والصلاة عليه وغير ذلك، والعجب أن الشافعي رحمة الله عليه نزل الجد أباً في ولاية المال وولاية الإجبار على النكاح ووافق غيره وجوب الإنفاق عليه وعتقه على ابن ابنه وعتق ابن ابنه عليه وانتفاء القصاص عنه بقتل ابن ابنه والحد بقذفه وغير ذلك من أحكام الأب ثم جعل أبعد العصبات أولى منه بالولاء.

مسألة: قال: (وإذا هلك رجل عن ابنين ومولى فمات أحد الابنين بعده عن ابن ثم مات المولى فالولاء لابن معتقه لأن الولاء للكبر، ولو هلك الابنان بعده وقبل المولى وخلف أحدهما ابناً والآخر تسعة كان الولاء بينهم على عددهم لكل واحد منهم عشرة).

هذا قول أكثر أهل العلم قال الإمام أحمد روي هذا عن عمر وعثمان وعلي وزيد وابن مسعود، وروى سعيد ثنا هشيم ثنا أشعث بن سوار عن الشعبي أن عمراً وعلياً وابن مسعود وزيداً كانوا يجعلون الولاء للكبر، وروي ذلك عن ابن عمر وأبي بن كعب وأبي مسعود البدري وأسامة بن زيد وبه قال عطاء وطاوس وسالم بن عبد الله والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي والزهري وقتادة وابن قسيط[1] ومالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وداود كلهم قالوا الولاء للكبر، وتفسيره أنه يرث المولى المعتق من عصبات سيده أقربهم إليه وأولاهم بميراثه يوم موت العبد. قال ابن سيرين إذا مات المعتق نظر إلى أقرب الناس إلا الذي أعتقه فيجعل ميراثه له، وإذا مات السيد قبل مولاه لم ينتقل إلى عصبته لأن الولاء كالنسب لا ينتقل ولا يورث وإنما يورث به فهو باق للمعتق أبداً لا يزول عنه بدليل قوله عليه السلام: «إنما الولاء لمن أعتق» وقوله «الولاء لحمة كلحمة النسب» وإنما يرث عصبة السيد مال مولاه بولاء معتقه لا نفس الولاء، ويتضح معنى هذا القول بمسألتي الخرقي اللتين ذكرناهما ها هنا وهما إذا مات رجل عن ابنين ومولى فمات أحد الابنين بعده عن ابن ثم مات المولى ورثه

(١) في نسخة نشيط.

ابن معتقه دون ابن ابن معتقه لأن ابن ابن المعتق أقرب عصبة سيده، ولو مات السيد وخلف ابنه وابن ابنه لكان ميراثه لابنه دون ابن ابنه فكذلك إذا مات المولى والمسألة الأخرى إذا هلك الابنان بعده وقبل مولاه وخلف أحدهما ابناً والآخر تسعة ثم مات المولى كان ميراثه بينهم على عددهم لكل واحد منهم عشره، لأن السيد لو مات كان ميراثه بينهم كذلك فكذلك ميراث مولاه، ولو كان الولاء موروثاً لانعكس الحكم في المسألتين، وكان الميراث في المسألة الأولى بين الابن وابن الابن كأن الابنين ورثا الولاء عن أبيهما ثم ما صار للابن الذي مات انتقل إلى ابنه فصار ميراث الولي بينه وبين عمه نصفين وفي المسألة الثانية يصير لابن الابن المنفرد نصف الولاء بميراثه ذلك عن ابنه ولبني الابن الآخر النصف بينهم على عددهم وشذ شريح فقال الولاء بمنزلة المال يورث عن المعتق فمن ملك شيئاً حياته فهو لورثته.

وقد حكي عن عمر وعلي وابن عباس وابن المسيب نحو هذا. وروي عن حنبل ومحمد بن الحكم عن أحمد نحوه وغلطهما أبو بكر في روايتهما فإن الجماعة رووا عن أحمد مثل قول الجمهور. قال أبو الحارث سألت أبا عبد الله عن الولاء للكبر فقال كذا روي عن عمر وعثمان وعلي وزيد وابن مسعود أنهم قالوا الولاء للكبر، إلى هذا القول أذهب، وتفسير ذلك أن يعتق الرجل عبداً ثم يموت ويخلف ابنين فيموت أحد الابنين ويخلف ابناً فولاء هذا العبد المعتق لابن المعتق وليس لابن الابن شيء مع الابن وحجة شريح حديث عمرو بن المسيب الذي ذكرناه والقياس على المال.

ولنا: قول النبي ﷺ: «المولى أخ في الدين وولي نعمة وأولى الناس به أقرب من المعتق» وقوله عليه السلام «الولاء لمن أعتق» وقوله: «الولاء لحمة كلحمة النسب» ولأنه من أسباب التوارث فلم يورث كالقرابة والنكاح، ولأنه إجماع من الصحابة ولم يظهر عنهم خلافه فلا يجوز مخالفته، وحديث عمرو بن شعيب قد غلطه العلماء فيه ولم يصح عن أحد من الصحابة خلاف هذا القول وحكاه الشعبي والأئمة عن عمر ومن ذكرنا قولهم ولا يصح اعتبار الولاء بالمال لأن الولاء لا يورث بدليل أنه لا يرث منه ذوو الفروض وإنما يورث به فينظر أقرب الناس إلى سيده من عصباته يوم موت العبد والمعتق فيكون هو الوارث المولى دون غيره كما أن السيد لو مات في تلك الحال ورثه وحده فإذا خلف ابن مولاه وابن ابن مولاه فماله لابن مولاه، وإن خلف ابن ابن مولاه وتسعة بني ابن آخر لمولاه فماله بينهم على عددهم لكل واحد عشره لأنهم يرثون جدهم كذلك، ولو خلف السيد ابنه وابن ابنه فمات ابنه بعده عن ابن ثم مات عتيقه فميراثه بين ابني الابن نصفين، وفي قول شريح هو لابن الابن الذي كان حياً عند موت ابنه وإن مات السيد عن أخ من أب وابن أخ من أبوين فمات الأخ من الأب عن ابن ثم مات العتيق فماله لابن الأخ من الأبوين وفي قول شريح هو لابن الأخ من الأب وإن لم يخلف عصبة من نسب مولاه فماله لمولى مولاه ثم لأقرب عصباته ثم لمولى مولاه فإذا انقرض عصباته وموالي الموالي وعصباتهم فماله لبيت المال.

مسألة: قال: (ومن أعتق عبداً فولاؤه لابنه وعقله على عصبته).

هذه المسألة محمولة على أن المعتق لم يخلف عصبة من نسبه ولا وارثاً منهم، إذ لو خلف وارثاً من نسبه أو عصبته كانوا أحق بميراثه وعقله من عصبات مولاه وولده فليس في ذلك إشكال. وإذا لم يخلف إلا ابن مولاه وعصبة مولاه فماله لابن مولاه لأنه أقرب عصبات المعتق وعقله، إن جنى جناية على عصبة مولاه إن كان المعتق امرأة لما روى ابراهيم قال: «اختصم علي والزبير في مولى صفية فقال علي: مولى عمتي وأنا أعقل منه، وقال الزبير: مولى أمي وأنا أرثه فقضى عمر للزبير بالميراث وقضى على علي بالعقل، ذكر هذا الإمام أحمد ورواه سعيد في السنن وغيره وهي قضية مشهورة، وعن الشعبي قال: «قضى بولاء صفية للزبير دون العباس وقضى بولاء أم هانىء لجعدة بن هبيرة دون علي» ولا يمتنع كون العقل على العصبة والميراث لغيره كما قضى النبي ﷺ بميراث التي قتلت هي وجنينها لبنيها وعقلها على العصبة.

وقد روى زياد بن أبي مريم: «أن امرأة أعتقت عبداً لها ثم توفيت وتركت ابناً لها وأخاها ثم توفي مولاها من بعدها، فأتى أخو المرأة وابنها رسول الله ﷺ في ميراثه، فقال عليه السلام: ميراثه لابن المرأة. فقال أخوها لو جريرة كانت علي ويكون ميراثه لهذا؟ قال نعم» وإنما حملنا مسألة الخرقي على ما إذا كان المعتق امرأة لأن الأخبار التي رويناها إنما وردت فيها ولأن المرأة لا تعقل وابنها ليس من عشيرتها فلا تعقل عن معتقها وعقل عنها عصباتها من عشيرتها. أما الرجل المعتق فإنه يعقل عن معتقه لأنه عصبة من أهل العقل ويعقل ابنه وأبوه لأنهما من عصباته وعشيرته فلا يلحق ابنه في نفي العقل عنه بابن المرأة والله أعلم.

فصل: فإن كان المولى حياً وهو رجل عاقل موسر فعليه من العقل وله الميراث. لأنه عصبة معتقه، وإن كان صبياً أو امرأة أو معتوهاً فالعقل على عصباته والميراث له لأنه ليس من أهل العقل فأشبه ما لو جنوا جناية خطأ كان العقل على عصباتهم، ولو جنى عليهم كان الأرش لهم.

فصل: ولا يرث المولى من أسفل معتقه[1] في قول عامة أهل العلم، وحكي عن شريح وطاوس أنهما ورثاه لما ورى سعيد عن سفيان عن عمرو بن دينار عن عوسجة عن ابن عباس «أن رجلاً توفي على عهد رسول الله ﷺ وليس له وارث إلا غلام له هو أعتقه فأعطاه رسول الله ﷺ ميراثه، قال الترمذي هذا حديث حسن وروي عن عمر نحو هذا.

ولنا: قول النبي ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق» ولأنه لم ينعم عليه فلم يرثه كالأجنبي. وإعطاء النبي ﷺ له قضية في عين يحتمل أن يكون وارثاً بجهة غير الإعتاق وتكون فائدة

(١) في نسخة من أصل معتقه.

الحديث أن إعتاقه له لم يمنعه ميراثه. ويحتمل أنه أعطاه وصلة وتفضلاً، إذا ثبت أنه لا يرثه فلا يعقل عنه وقال الشافعي في القديم: يعقل عنه لأن سيده أنعم عليه فجاز أن يغرم عنه.

ولنا: إن العقل على العصبات وليس هذا منهم. وما ذكره لا أصل له وينعكس كسائر العاقلة فإنه لم ينعم عليه ويعقلون عنه وينتقض بما إذا قضى إنسان دين آخر فقد غرم عنه ولا يعقل.

فصل: فإن أسلم الرجل على يدي الرجل لم يرثه بذلك في قول عامة أهل العلم منهم الحسن والشعبي ومالك والشافعي وأصحاب الرأي، وقد روي عن أحمد رحمه الله رواية أخرى أنه يرثه وهو قول إسحاق وحكي عن ابراهيم أن له ولاءه ويعقل عنه وعن ابن المسيب إن عقل عنه ورثه، وإن لم يعقل عنه لم يرثه وعن عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهما أنه يرثه وإن لم يواله لما روى راشد بن سعد قال قال رسول الله ﷺ: «من أسلم على يديه رجل فهو مولاه يرثه ويدي عنه» رواه سعيد وقال أيضاً حدثنا عيسى بن يونس ثنا معاوية بن يحيى الصدفي عن القاسم السامي عن أبي أمامة قال: قال رسول الله ﷺ: «من أسلم على يديه رجل فله ولاؤه» وروي بإسناده عن تميم الداري أنه قال: «يا رسول الله ما السنة في الرجل يسلم على يدي الرجل من المسلمين؟ فقال هو أولى الناس بمحياه ومماته» رواه أبو داود والترمذي وقال لا أظنه متصلاً.

ولنا: قول النبي ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق» ولأن أسباب التوارث غير موجودة فيه وحديث راشد مرسل وحديث معاوية فيه أمامة بن يحيى الصدفي وهو ضعيف وحديث تميم تكلم الترمذي فيه.

فصل: وإن عاقد رجل رجلاً فقال عاقدتك على أن ترثني وأرثك وتعقل عني وأعقل عنك فلا حكم لهذا العقد ولا يتعلق به إرث ولا عقل، وبه قال الشافعي وقال الحكم وحماد وأبو حنيفة هو عقد صحيح ولكل واحد منهما أن يرجع عنه ما لم يعقل واحد عن الآخر فإذا عقل عنه لزم ويرثه إذا لم يخلف عنه ما لم يعقل واحد عن الآخر فإذا عقل عنه لزم ويرثه إذا لم يخلف ذا رحم لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَـَٔاتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ﴾ [النساء: ٣٣] ولأن هذا كالوصية ووصية الذي لا وارث له بجميع ماله جائزة.

ولنا: قول النبي ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق» ولأن أسباب التوارث محصورة في رحم ونكاح وولاء، وليس هذا منها والآية منسوخة بآية الميراث ولذلك لا يرث مع ذي رحم شيئاً. قال الحسن نسختها: ﴿وَأُوْلُوا ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَـٰبِ ٱللَّهِ﴾ [الأنفال: ٧٥] وقال مجاهد فآتوهم نصيبهم من العقل والنصرة والرفادة، وليس هذا بوصلة لأن الوصي لا يعقل فله الرجوع وهذا عندهم بخلافه.

فصل: واللقيط حر لا ولاء عليه في قول الجمهور وفقهاء الأمصار، وروي عن عمر أن ولاءه لملتقطه وبه قال الليث وإسحاق، وعن ابراهيم إن نوى أن يرث منه فذلك، وقد روي عن النبي ﷺ: «المرأة تحوز ثلاثة مواريث لقيطها وعتيقها وولدها الذي لاعنت عليه».

ولنا: قول النبي ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق» ولأنه ليس بقرابة ولا عتيق ولا ذي نكاح فلا يرث كالأجنبي والحديث فيه كلام.

كتاب الوديعة

والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا ٱلْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٥٨] وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضاً فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِي ٱؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ﴾ [البقرة: ٢٨٣] وأما السنة فقول رسول الله ﷺ: «أدِّ الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك» وروي عنه عليه السلام «أنه كانت عنده ودائع فلما أراد الهجرة أودعها عند أم أيمن وأمر علياً أن يردها على أهلها» وأما الإجماع فأجمع علماء كل عصر على جواز الإيداع والاستيداع والعبرة تقتضيها فإن بالناس إليها حاجة فإنه يتعذر على جميعهم حفظ أموالهم بأنفسهم ويحتاجون إلى من يحفظ لهم، والوديعة فعيلة من ودع الشيء إذا تركه أي هي متروكة عند المودع، واشتقاقها من السكون يقول ودع يدع فكأنها ساكنة عند المودع مستقرة وقيل هي مشتقة من الخفض والدعة فكأنها في دعة عند المودع وقبولها مستحب لمن يعلم من نفسه الأمانة لأن فيه قضاء حاجة أخيه المؤمن ومعاونته. وهي عقد جائز من الطرفين متى أراد المودع أخذ وديعته لزم المستودع ردها لقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا ٱلْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٥٨] فإن أراد المستودع ردها على صاحبها لزمه قبولها لأن المستودع متبرع بإمساكها فلا يلزمه التبرع في المستقبل.

مسألة: قال: (وليس على المودع ضمان إذا لم يتعد).

وجملته: أن الوديعة أمانة فإذا تلفت بغير تفريط من المودع فليس عليه ضمان سواء ذهب معها شيء من مال المودع أو لم يذهب. هذا قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن أبي بكر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وبه قال شريح والنخعي ومالك وأبو الزناد والثوري والأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وعن أحمد رواية أخرى: إن ذهبت الوديعة من بين ماله غرمها لما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه: أنه ضمن أنس بن مالك وديعة ذهبت من بين ماله،

قال القاضي والأول أصح لأن الله تعالى سماها أمانة والضمان ينافي الأمانة، ويروى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «ليس على المستودَع ضمان» ويروى عن الصحابة الذين ذكرناهم ولأن المستودع مؤتمن فلا يضمن ما تلف من غير تعدية وتفريطه كالذي ذهب مع ماله ولأن المستودع إنما يحفظها لصاحبها متبرعاً من غير نفع يرجع عليه فلو لزمه للضمان لامتنع الناس من قبول الودائع وذلك مضر لما بيناه من الحاجة إليها وما روي عن عمر محمول على التفريط من أنس في حفظها فلا ينافي ما ذكرنا، فأما إن تعدى المستودع فيها أو فرط في حفظها فتلفت ضمن بغير خلاف نعلمه لأنه متلف لمال غيره فضمنه كما لو أتلفه من غير استيداع.

فصل: إذا شرط رب الوديعة على المستودع ضمان الوديعة فقبله أو قال: أنا ضامن لها لم يضمن قال أحمد في المودع إذا قال أنا ضامن لها فسرقت فلا شيء عليه وكذلك كل ما أصله الأمانة كالمضاربة ومال الشركة والرهن والوكالة وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق وابن المنذر وذلك لأنه شرط ضمان ما لم يوجد سبب ضمانه فلم يلزمه كما لو شرط ضمان ما يتلف في يد مالكه.

مسألة: قال: (فإن خلطها بماله وهي لا تتميز أو لم يحفظها كما يحفظ ماله أو أودعها غيره فهو ضامن).

في هذه المسألة ثلاث مسائل: إحداهن: أن المستودع إذا خلط الوديعة بما لم تتميز منه من ماله أو مال غيره ضمنها سواء خلطها بمثلها أو دونها أو أجود من جنسها أو غير جنسها مثل أن يخلط دراهم بدراهم أو دهناً بدهن كالزيت بالزيت أو السمن أو بغيره وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي.

وقال ابن القاسم إن خلط دراهم بدراهم على وجه الحرز لم يضمن. وحكي عن مالك لا يضمن إلا أن يكون دونها لأنه لا يمكنه ردها إلا ناقصة.

ولنا: إنه خلطها بماله خلطاً لا يتميز فوجب أن يضمنها كما لو خلطها بدونها ولأنه إذا خلطها بما لا يتميز فقد فوت على نفسه إمكان ردها فلزمه ضمانها كما لو ألقاها في لجة بحر، وإن أمره صاحبها بخلطها بماله أو بغيره ففعل ذلك فلا ضمان عليه، لأنه فعل ما أمر به فكان نائباً عن المالك فيه، وقد نقل مهنا عن أحمد في رجل استودع عشرة دراهم واستودعه آخر عشرة وأمره أن يخلطها فخلطها فضاعت الدراهم فلا شيء عليه فإن أمره أحدهما بخلط دراهمه ولم يأمره الآخر فعليه ضمان دراهم من لم يأمره دون الأخرى، وإن اختلطت هي بغير تفريط منه فلا ضمان عليه لأنها لو تلفت بذلك لم يضمن فخلطها أولى. وإن خلطها غيره فالضمان على من خلطها لأن العدوان منه فالضمان عليه كما لو أتلفها.

المسألة الثانية: إذا لم يحفظها كما يحفظ ماله وهو أن يحرزها بحرز مثلها فإنه يضمنها، وحرز مثلها يذكر في باب القطع في السرقة. وهذا إذا لم يعين له المودع ما يحفظها فيه، فإن عين له لزمه حفظها فيما أمره به سواء كان حرز مثلها أو لم يكن، وإن أحرزها بمثله أو أعلى منه لم يضمنها، ويتخرج أن يضمنها إذا فعل ذلك من غير حاجة.

المسألة الثالثة: إذا أودعها غيره. ولها صورتان: إحداهما: أن يودعها غيره لغير عذر فعليه الضمان بغير خلاف في المذهب، وهو قول شريح ومالك والشافعي وأبي حنيفة وأصحابه وإسحاق، وقال ابن أبي ليلى لا ضمان عليه لأن عليه حفظها وإحرازها وقد أحرزها عند غيره وحفظها به ولأنه يحفظ ماله بإيداعه فإذا أودعها فقد حفظها بما يحفظ به ماله فلم يضمنها كما لو حفظها في حرزه.

ولنا: إنه خالف المودع فضمنها كما لو نهاه عن إيداعها. وهذا صحيح فإنه أمره بحفظها بنفسه ولم يرض ها غيره.

فإذا ثبت هذا فإن له تضمين الأول وليس للأول الرجوع على الثاني لأنه دخل معه في العقد في أنه أمين له لا ضمان عليه. وإن أحب المالك تضمين الثاني فذكر القاضي أنه ليس له تضمينه في ظاهر كلام أحمد لأنه ذكر الضمان على الأول فقط وهذا مذهب أبي حنيفة لأنه قبض قبضاً موجباً للضمان على الأول فلم يوجب ضماناً آخر وفارق القبض من الغاصب فإنه لم يوجب الضمان على الغاصب إنما لزمه الضمان بالغصب، ويحتمل أن له تضمين الثاني أيضاً لأنه قبض مال غيره على وجه لم يكن له قبضه ولم يأذن له مالكه فضمنه كالقابض من الغاصب، وهذا مذهب الشافعي، وذكر أحمد الضمان على الأول لا ينفي الضمان عن الثاني كما أن الضمان يلزم الغاصب ولا ينفي وجوبه على القابض منه فعلى هذا يستقر الضمان على الأول فإن ضمنه لم يرجع على أحد وإن ضمن الثاني يرجع على الأول وهذا القول أشبه بالصواب وما ذكرنا للقول الأول لا أصل له ثم هو منتقض بما إذا دفع الوديعة إلى إنسان عارية، أو هبة، أو وديعة لنفسه، فأما إن دفع الوديعة إلى من جرت عادته بحفظها له من أهله كامرأته وغلامه لم يضمن نص عليه أحمد، وهو قول أبي حنيفة، وقال الشافعي يضمن لأنه سلم الوديعة إلى من لم يرض به صاحبها فضمنها كما لو سلمها إلى أجنبي.

ولنا: إنه حفظها بما يحفظ به ماله. فأشبه ما لو حفظها بنفسه وكما لو دفع الماشية إلى الراعي أو دفع البهيمة إلى غلامه ليسقيها ويفارق الأجنبي فإن دفعها إليه لا يعد حفظاً منه.

الصورة الثانية: إذا كان له عذر مثل إن أراد سفراً أو خاف عليها عند نفسه من حرق أو غرق أو غيره. فهذا إن قدر على ردها على صاحبها أو وكيله في قبضها لم يجز له دفعها إلى غيره فإن فعل ضمنها لأنه دفعها إلى غير مالكها بغير إذن منه من غير عذر فضمنها كما لو أودعها في

الصورة الأولى، وإن لم يقدر على صاحبها ولا وكيله فله دفعها إلى الحاكم سواء كان به ضرورة إلى السفر أو لم يكن لأنه متبرع بإمساكها فلا يلزمه استدامته والحاكم يقوم مقام صاحبها عند غيبته، وإن أودعها مع قدرته على الحاكم ضمنها لأن غير الحاكم لا ولاية له. ويحتمل أن يجوز له إيداعها لأنه قد يكون أحفظ لها وأحب إلى صاحبها وإن لم يقدر على الحاكم فأودعها ثقة لم يضمنها لأنه موضع حاجة. وذكر القاضي أن ظاهر كلام أحمد أنه يضمنها ثم تأول كلامه على أنه أودعها من غير حاجة أو مع قدرته على الحاكم وإن دفنها في موضع وأعلم بها ثقة يده على الموضع وكانت مما لا يضرها الدفن فهو كإيداعها عنده وإن لم يعلم بها أحداً ضمنها لأنه فرط في حفظها فإنه لا يأمن أن يموت في سفره فلا تصل إلى صاحبها وربما نسي مكانها أو أصابه آفة من هدم أو حرق أو غرق فتضيع وإن أعلم بها غير ثقة ضمنها لأنه ربما أخذها وإن أعلم بها ثقة لا يدله على المكان فقد فرط لأنه لم يودعها إياه ولا يقدر على الاحتفاظ بها.

فصل: وإن أراد السفر بها وقد نهاه المالك عن ذلك ضمنها لأنه مخالف لصاحبها وإن لم يكن نهاه لكن الطريق مخوف أو البلد الذي يسافر إليه مخوف ضمنها لأنه فرط في حفظها وإن لم يكن كذلك فله السفر بها.

نص عليه أحمد سواء كان به ضرورة إلى السفر أو لم يكن، وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي إن سافر بها مع القدرة على صاحبها أو وكيله أو الحاكم أو أمين ضمنها لأنه يسافر بها من غير ضرورة. أشبه ما لو كان السفر مخوفاً.

ولنا: إنه نقلها إلى موضع مأمون فلم يضمنها كما لو نقلها في البلد ولأنه سافر بها سفراً غير مخوف. أشبه ما لو لم يجد أحداً يتركها عنده. ويقوى عندي أنه متى سافر بها مع القدرة على مالكها أو نائبه بغير إذنه فهو مفرط عليه الضمان لأنه يفوت على صاحبها إمكان استرجاعها ويخاطر بها، فإن النبي ﷺ قال: «إن المسافر وماله لعلي قلت إلا ما وقي والله» أي على هلاك. ولا يلزم من الإذن في إمساكها على وجه لا يضمن هذا الخطر ولا يفوت إمكان ردها على صاحبها الإذن فيما يتضمن ذلك، فأما مع غيبة المالك ووكيله فله السفر بها إذا كان أحفظ لها لأنه وضع حاجته فيختار فعل ما فيه الحظ.

فصل: وإن حضره الموت فحكمه حكم السفر على ما مضى من أحكامه إلا في أخذها معه لأن كل واحد منهما سبب لخروج الوديعة عن يده.

مسألة: قال: (وإن كانت غلة فخلطها في صحاح أو صحاحاً فخلطها في غلة فلا ضمان عليه).

يعني بالغلة المكسرة إذا خلطها بصحاح من ماله أو خلط الصحاح بالمكسرة لم يضمنها لأنها تتميز منها فلا يعجز بذلك عن ردها على صاحبها فلم يضمنها كما لو تركها في صندوق وفيه أكياس له. وبهذا قال الشافعي ومالك ولا نعلم فيه اختلافاً وكذلك الحكم إذا خلط دراهم بدنانير، وبيضاً بسود. وقد حكي عن أحمد فيمن خلط دراهم بيضاً بسود يضمنها ولعله قال ذلك لكونها تكتسب منها سواداً أو يتغير لونها فتنقص قيمتها فإن لم يكن فيها ضرر فلا ضمان عليه والله تعالى أعلم.

مسألة: قال: (ولو أمره أن يجعلها في منزل فأخرجها عن المنزل لغشيان نار أو سيل أو شيء الغالب منه البوار فلا ضمان عليه).

وجملة ذلك: أن رب الوديعة إذا أمر المستودع بحفظها في مكان عينه فحفظ فيه ولم يخش عليها فلا ضمان عليه بغير خلاف لأنه ممتثل لأمره غير مفرط في ماله وإن خاف عليها سيلاً وتوى، يعني هلاكاً، فأخرجها منه إلى حرزها فتلفت فلا ضمان عليه بغير خلاف أيضاً لأن نقلها في هذه الحال تعين حفظاً لها وهو مأمور بحفظها وإن تركها مع الخوف فتلفت ضمنها سواء تلفت بالأمر المخوف أو بغيره لأنه فرط في حفظها لأن حفظها نقلها وتركها تضييع لها وإن لم يخف عليها فنقلها عن الحرز إلى دونه ضمنها لأنه خالفه في الحفظ المأمور به وإن نقلها إلى دونه عند الخوف عليها نظرنا فإن أمكنه إحرازها بمثله أو أعلى منه ضمنها أيضاً لتفريطه وإن لم يمكنه إحرازها إلا بما دونه لم يضمنها لأن إحرازها بذلك أحفظ لها من تركه وليس في وسعه سواه وإن نقلها إلى مثل ذلك الحرز لغير عذر فقال القاضي لا يضمنها وهو مذهب الشافعي لأن تقييده بهذا الحرز يقتضي ما هو مثله كمن اكترى أرضاً لزرع حنطة فله زرعها وزرع مثلها في الضرر. ويحتمل كلام الخرقي لزوم الضمان لأن الأمر بشيء يقتضي تعيينه فلا يعدل عنه إلا بدليل. وإن نقلها إلى أحرز منه كان حكمه حكم ما لو أخرجها إلى مثله فإن نهاه عن إخراجها من ذلك المكان فالحكم فيه كما لو أمره بتركها فيه ولم ينهه عن إخراجها منه إلا في أنه إذا خاف عليها فلم يخرجها حتى تلفت ففيه وجهان:

أحدهما: يضمن لما ذكرنا في التي قبلها.

والثاني: لا يضمن لأنه ممتثل لقول صاحبها. وفي أنه إذا أخرجها لغير عذر ضمنها سواء أخرجها إلى مثله أو دونه أو فوقه لأنه خالف صاحبها لغير فائدة وهذا ظاهر كلام الشافعي. وقال أبو حنيفة إن نهاه عن نقلها من بين فنقلها إلى بيت آخر من الدار لم يضمن لأن البيتين من دار واحدة حرز واحد وطريق أحدهما طريق الآخر، فأشبه ما لو نقلها من زاوية إلى زاوية وإن نقلها من دار إلى دار أخرى ضمن.

ولنا: إنه خالف أمر صاحبها بما لا مصلحة فيه فيضمن كما لو نقلها من دار إلى دار. وليس ما فرق به صحيحاً لأن ثبوت الدار يختلف فمنها ما هو أقرب إلى الطريق أو إلى موضع الوقود أو

إلى الانهدام أو أسهل فتحاً أو بابه أسهل كسراً أو أضعف حائطاً أو أسهل نقباً أو لكـون المالـك يسكن به أو يسكن في غيره وأشباه هذا مما يؤثر في الحفظ أو في عدمه، فـلا يجوز تفـويت غرض رب الوديعة من تعيينه من غير ضرورة. وإن خـاف عليها في مـوضعها فعليـه نقلها فـإن تركهـا فتلفت ضمنها لأن نهي صاحبها عن إخراجها إنما كان لحفظهـا وحفظهـا ها هنـا في إخراجهـا. فأشبه ما لو ينهه عن إخراجها. فإن قال لا تخرجهـا وإن خفت عليها فـأخرجهـا من غير خـوف ضمنها وإن أخرجها عند خوفه عليها أو تركه لتلفت لم يضمنها لأن نهيـه مع خـوف الهلاك نص فيه وتصريح به فيكون مأذوناً في تركها في تلك الحال فلم يضمنها لامتثـاله أمـر صاحبهـا كما لـو قال له أتلفها فأتلفها ولا يضمن إذا أخرجها لأنه زيادة خير وحفظ فلم يضمن به كما لـو قال لـه أتلفها فلم يتلفها حتى تلفت.

فصل: وإن أودعه وديعة ولم يعين له موضع إحرازها فإن المودع يحفظها في حرز مثلها أي موضع شـاء فإن وضعهـا في حرز ثم نقلهـا عنه إلى حرز مثلها لم يضمنهـا سواء نقلهـا إلى مثل الأول أو دونه لأن ربها رد حفظها إلى رأيه واجتهاده وأذن له في إحرازها بما شاء من إحراز مثلهـا ولهذا لو تركها في هـذا الثاني أولا لم يضمنهـا فكذلـك إذا نقلها إليـه، ولو كـانت العين في بيت صاحبها لرجل أحفظها في موضعها فنقلهـا عنه من غـير خوف ضمنهـا لأنه ليس بمـودع إنما هـو وكيل في حفظها وليس له إخراجها من ملك صاحبها ولا من موضع استأجره لها إلا أن يخاف عليها فعليه إخراجها لأنه مأمور وبحفظها وقد تعين حفظها في إخراجها ويعلم أن صاحبها لو حضر في هذه الأحوال لأخرجها ولأنه مأمور بحفظها على صفة فإذا تعذرت الصفة لزمه حفظها بدونه كالمستودع إذا خاف عليها.

فصل: إذا أخرج الوديعة المنهي عن إخراجها فتلفت وادعى أنه أخرجها لغشيان نـار أو سيل أو شيء ظاهر فأنكر صاحبها وجوده فعلى المستودع البينة إنه كان في ذلك الموضع مـا ادعاه لأن هذا مما لا تتعذر إقامة البينة عليه لأنه أمر ظاهر.

فإذا ثبت ذلك كان القول قوله في التلف مع يمينه ولا يحتاج إلى بينة لأنه تتعذر إقامة البينة فلم يـطالب بها كـما لو ادعى التلف بـأمر خفي وهـذا قول الشـافعي والحكم في إخـراجهـا من الخريطة والصندوق حكم إخراجها من البيت على مضي من التفصيل فيه.

فصل: ولو أمره أن يجعلها في منزله فـتركها في ثيـابه وخـرج بها ضمنهـا لأن البيت أحرز لها، وإن جاءه بها في السـوق فقال احفظها في بيتك فقام بها في الحال فتلفت فـلا ضمان عليـه، وإن تركها في دكانه أو ثيابه ولم يحملها إلى بيته مع إمكانه فتلفت ضمنها لأن بيته أحرز لهـا هكذا قال أصحابنا: ويحتمل أنه متى تركها عنده إلى وقت مضيه إلى منزله في العادة فتلفت لم يضمنهـا لأن العادة أن الإنسان إذا أودع شيئاً وهو في دكانه أمسكه في دكانه أو في ثيابه إلى وقت مضيه إلى

منزله فيستصحبه معه والمودع عالم بهذه الحالة راض بها ولو لم يرض لها لشرط عليه خلافها وأمره بتعجيل حملها فإما أن يقبلها بهذا الشرط أو يردها وإن قال اجعلها في كمك فجعلها في جيبه لم يضمنها لأن الجيب أحرز لها لأنه إنما ربما نسي فيسقط الشيء من كمه بخلاف الجيب وإن قال اجعلها في جيبك فتركها في كمه ضمنها لذلك وإن جعلها في يده ضمن أيضاً كذلك وإن قال اجعلها في كمك فتركها في يده ففيه وجهان:

أحدهما: يضمن لأن سقوط الشيء من اليد مع النسيان أكثر من سقوطه من الكم.

والثاني: لا يضمن لأن اليد لا يتسلط عليها الطرار بالبط والحكم بخلافه ولأن كل واحد منهما أحرز من وجه فيتساويان. ولمن نصر الوجه الأول أن يقول متى كان كل واحد منهما أحرز من وجه وجب أن يضمن لأنه فوت الوجه المأمور بالحفظ به وأتى بما لم يؤمر به فضمن لمخالفته وعلى هذا لو أمر بتركها في يده فجعلها في كمه ضمن لذلك، وقال القاضي اليد أحرز عند المغالبة. فعلى هذا إن أمر بتركها في يده فشدها في كمه عند غير المغالبة فلا ضمان عليه، وإن فعل ذلك عند المغالبة ضمن، وإن أمره بشدها في كمه فأمسكها في يده عند المغالبة لم يضمن وإن فعل ذلك عند غير المغالبة ضمن وإن أمره بحفظها مطلقاً فتركها في جيبه أو شدها في كمه لم يضمنها. وإن تركها في كمه غير مشدودة وكانت خفيفة لا يشعر بها إذا سقطت ضمنها لأنه مفرط، وإن كانت ثقيلة يشعر بها لم يضمنها لأن هذا عادة الناس في حفظ أموالهم، فإن شدها على عضده لم يضمنها لأن ذلك أحفظ لها وقال القاضي إن شدها من جانب الجيب لم يضمن وإن شدها من الجانب الآخر ضمنها لأن الطرار يقدر على بطها بخلاف ما إذا شدها مما يلي الجيب وهذا يبطل بما إذا تركها في جيبه أو شدها في كمه فإن الطرار يقدر على بطها ولا يضمن وليس إمكان إحرازها بأحفظ الحرزين مانعاً من إحرازها بما دونه إذا كان حرزاً بمثلها وشدها على العضد حرز لها كيفما كان لأن الناس يحرزون به أموالهم. فأشبه شدها في الكم وتركها في الجيب، ولكن لو أمره بشدها مما يلي الجيب فشدها من الجانب الآخر ضمن وإن أمره بشدها مما يلي الجانب الآخر فشدها مما يلي الجيب لم يضمن لأنه أحرز وإن أمره بشدها على عضده مطلقاً أو أمره بحفظها معه فشدها من أي الجانبين كان لم يضمن لأنه ممتثل أمر مالكها محرز لها بحرز مثلها وإن شدها على وسطه فهو أحرز لها وكذلك إن تركها في بيته في حرزها.

فصل: وإن أمره أن يجعلها في صندوق وقال لا تقفل عليها ولا تنم فوقها فخالفه في ذلك، أو قال لا تقفل عليها إلا قفلاً واحداً فجعل عليها قفلين فلا ضمان عليه ذكره القاضي. وهو ظاهر مذهب الشافعي وحكي عن مالك أنه يضمن لأنه خالف ربها في شيء له فيه غرض يتعلق بحفظها. فأشبه ما لو نهاه عن إخراجها عن منزله فأخرجها لغير حاجة وذلك لأن النوم عليها وترك قفلين عليها وزيادة الاحتفاظ بها ينبه اللص عليها ويحثه على الجد في سرقتها والاحتيال لأخذها.

ولنا: إن ذلك أحرز لها فلا يضمن بفعله كما لو أمره بتركها في صحن الدار فتركها في البيت وبهذا ينتقض ما ذكروه.

فصل: إذا قال اجعلها في هذا البيت ولا تدخله أحداً فأدخل إليه قوماً فسرقها أحدهم ضمنها لأنها ذهبت بتعديه ومخالفته وسواء سرقها حال إدخالهم أو بعده لأنه ربما شاهد الوديعة في دخوله البيت وعلم موضعها وطريق الوصول إليها وإن سرقها من لم يدخل البيت فقال القاضي لا يضمن لأن فعله لم يكن سبباً لإتلافها ويحتمل أن يلزمه الضمان لأن الداخل ربما دل عليها من لم يدخل ولأنها مخالفة فوجب الضمان إذا كانت سبباً لإتلافها فأوجبته وإن لم تكن سبباً كما لو نهاه عن إخراجها فأخرجها لغير حاجة.

فصل: إذا قال ضع هذا الخاتم في الخنصر فوضعه في البنصر لم يضمنه لأنها أغلظ وأحفظ له إلا أن لا يدخل فيها فيضعه في أنملتها العليا فيضمنه أو ينكسر بها لغلظها عليه فيضمنه أيضاً لأن مخالفته سبب لتلفه.

مسألة: قال: (وإذا أودعه شيئاً ثم سأله دفعه إليه في وقت أمكنه ذلك فلم يفعل حتى تلف فهو ضامن).

لا خلاف في وجوب رد الوديعة على مالكها إذا طلبها فأمكن أداؤها إليه بغير ضرورة، وقد أمر الله تعالى بذلك فقال تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا ٱلْأَمَانَاتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٥٨] وأمر به رسول الله ﷺ فقال: «أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك» يعني عند طلبها ولأنها حق لمالكها لم يتعلق بها حق غيره فلزم أداؤها إليه كالمغصوب والدين الحال فإن امتنع من دفعها في هذه الحال فتلفت ضمنها لأنه صار غاصباً لكونه أمسك مال غيره بغير إذنه بفعل محرم فأشبه الغاصب فأما إن طلبها في وقت لم يكن دفعها إليه لبعدها أو لمخافة في طريقها أو للعجز عن حملها أو غير ذلك لم يكن متعدياً بترك تسليمها لأن الله تعالى لا يكلف نفساً إلا وسعها وإن تلف لم يضمنها لعدم عدوانه. وإن قال أمهلوني حتى أقضي صلاتي أو آكل فإني جائع أو أنام فإني ناعس أو ينهضم عني الطعام فإني ممتلىء أمهل بقدر ذلك.

فصل: وليس على المستودع مؤنة الرد وحملها إلى ربها إذا كانت مما لحمله مؤنة قلت المؤنة أو كثرت لأنه قبض العين لمنفعة مالكها على الخصوص فلم تلزمه الغرامة عليها كما لو وكله في حفظها في ملك صاحبها وإنما عليه التمكين من أخذها. وإن سافر بها بغير إذن ربها فعليه ردها إلى بلدها لأنه بعدها بغير إذن ربها فلزمه ردها كالغاصب.

مسألة: قال: (وإذا مات وعنده وديعة لا تتميز من ماله فصاحبها غريم بها).

وجملته: أن الرجل إذا مات وثبت أن عنده وديعة لم توجد بعينها فهي دين عليه يغرم من تركته، فإن كان عليه دين سواها فهي والدين سواء فإن وفت تركته بهما وإلا اقتسماها بالحصص وبهذا قال الشعبي والنخعي وداود بن أبي هند ومالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وإسحاق وروي ذلك عن شريح ومسروق وعطاء وطاوس والزهري وأبي جعفر محمد بن علي وروي عن النخعي: الأمانة قبل الدين وقال الحارث العكلي: الدين قبل الأمانة.

ولنا: إنهما حقان وجبا في ذمته فتساويا كالدينين وسواء وجد في تركته من جنس الوديعة أو لم يوجد وهذا إذا أقر المودع أن عندي وديعة أو علي وديعة لفلان أو ثبت ببينة أنه مات وعنده وديعة فأما إن كانت عنده وديعة في حياته ولم توجد بعينها ولم يعلم هل هي باقية عنده أو تلفت؟ ففيه وجهان:

أحدهما: وجوب ضمانها لأن الوديعة يجب ردها إلا أن يثبت سقوط الرد بالتلف من غير تعد ولم يثبت ذلك ولأن الجهل بعينها كالجهل بها وذلك لا يسقط الرد.

والثاني: لا ضمان عليه لأن الوديعة أمانة والأصل عدم إتلافها والتعدي فيها فلم يجب ضمانها وهذا قول ابن أبي ليلى وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي وظاهر المذهب الأول لأن الأصل وجوب الرد فيبقى عليه ما لم يوجد ما يزيله.

فصل: وإن مات وعنده وديعة معلومة بعينها فعلى ورثته تمكين صاحبها من أخذها فإن لم يعلم بموت صاحبها من أخذها وجب عليهم إعلامه بها وليس لهم إمساكها قبل أن يعلم بها ربها لأنه لم يأتمنهم عليها وإنما حصل مال غيرهم في أيديهم بمنزلة من أطارت الريح إلى داره ثوباً وعلم به فعليه إعلام صاحبه به فإن أخر ذلك مع الإمكان ضمن كذا ها هنا. ولا تثبت الوديعة إلا بإقرار من الميت أو ورثته أو ببينة تشهد بها. وإن وجد عليها مكتوباً وديعة لم يكن حجة عليهم لجواز أن يكون الظرف كانت فيه وديعة قبل هذا أو كان وديعة لموروثهم عند غيره أو كانت وديعة فابتاعها وكذلك لو وجد في رزمانج أبيه أن لفلان عندي وديعة لم يلزمه بذلك لجواز أن يكون قد ردها ونسي الضرب على ما كتب أو غير ذلك.

مسألة: قال: (وإذا طالبه بالوديعة فقال: ما أودعتني، ثم قال: ضاعت من حرز كان ضامناً لأنه خرج من حال الأمانة ولو قال ما لك عندي شيء ثم قال ضاعت من حرز كان القول قوله ولا ضمان عليه).

وجملة ذلك: أنه إذا ادعى على رجل وديعة فقال: ما أودعتني ثم ثبت أنه أودعه فقال أودعتني وهلكت من حرزي لم يقبل قوله ولزمه ضمانها. وبهذا قال مالك والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي لأنه مكذب لإنكاره الأول ومعترف على نفسه بالكذب المنافي

للأمانة. وإن أقر له بتلفها من حرزه قبل جحده فلا ضمان عليه. وإن أقر أنها تلفت بعد جحوده لم يسقط عنه الضمان لأنه خرج بالجحود عن الأمانة فصار ضامناً كمن طولب بالوديعة فامتنع من ردها. وإن أقام البينة بتلفها بعد الجحود لم يسقط عنه الضمان لذلك وإن شهدت بتلفها قبل الجحود من الحرز فهل تسمع بينته؟ ففيه وجهان:

أحدهما: لا تسمع لأنه مكذب لها بإنكاره الإيداع.

والثاني: تسمع بينته لأن المودع لو اعترف بذلك سقط حقه فتسمع البينة به فإن شهدت بالتلف من الحرز ولم تعين قبل الجحود ولا بعده واحتمل الأمرين لم يسقط الضمان لأن الأصل وجوبه فلا ينتفي بأمر متردد وأما إذا ادعى الوديعة فقال: ما لك عندي شيء أو لا تستحق علي شيئاً فقالت البينة بالإيداع أو أقر به المودع ثم قال: ضاعت من حرز كان القول قوله مع يمينه ولا ضمان عليه. لأن قوله لا ينافي ما شهدت به البينة ولا يكذبها فإن من تلفت الوديعة من حرزه بغير تفريطه فلا شيء لمالكها عنده ولا يستحق عليه شيئاً. لكن إن ادعى تلفها بعد جحوده أو قامت بينة بتلفها بعد الجحود وأنها كانت عنده حال جحوده فعليه ضمانها لأن جحوده أوجب الضمان عليه فصار كالغاصب.

فصل: إذا نوى الخيانة في الوديعة بالجحود أو الاستعمال ولم يفعل لم يصر ضامناً لأنه لم يحدث في الوديعة قولاً ولا فعلاً فلا يضمن كما لو لم ينوِ. وقال شريح: يضمنها لأنه أمسكها بنية الخيانة فيضمنها كالملتقط بقصد التمليك.

ولنا: قول النبي ﷺ: «عفي عن أمتي الخطأ والنسيان وما حدثت به أنفسها ما لم تكلم به أو تعمل به» ولأنه لم يخن فيها بقول ولا فعل فلم يضمنها كالذي لم ينو وفارق الملتقط بقصد التملك فإنه عمل فيها بأخذها ناوياً للخيانة فيها فوجب الضمان بفعله المنوي لا بمجرد النية ولو التقطها قاصداً لتعريفها ثم نوى بعد ذلك إمساكها لنفسه كانت كمسألتنا ولو أخرجها بنية الاستعمال ولم يستعملها ضمنها وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يضمنها إلا بالاستعمال لأنه لو أخرجها لنقلها لم يضمنها.

ولنا: إنه تعدي بإخراجها أشبه ما لو استعملها بخلاف ما إذا نقلها.

فصل: والمودع أمين والقول قوله فيما يدعيه من تلف الوديعة بغير خلاف قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المودع إذا أحرز الوديعة ثم ذكر أنها ضاعت أن القول قوله. وقال أكثرهم مع يمينه وإن ادعى ردها على صاحبها فالقول قوله مع يمينه أيضاً. وبه قال الثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وقال مالك: إن كان دفعها إليه بغير بينة وإن كان أودعه إياها ببينة لم يقبل قوله في الرد إلا ببينة.

ولنا: إنه أمين لا منفعة له في قبضها فقبل قوله في الرد بغير بينة كما لو أودع بغير نية. وإن قال: دفعتها إلى فلان بأمرك فأنكر مالكها الإذن في دفعها فالقول قول المودع. نص عليه أحمد في رواية ابن منصور وهو قول ابن أبي ليلى وقال مالك والثوري والعنبري وأصحاب الرأي القول قول المالك لأن الأصل عدم الإذن وله تضمينه.

ولنا: إنه ادعى دفعاً يبرأ به من الوديعة فكان القول قوله كما لو ادعى ردها على مالكها. ولو اعترف المالك بالإذن ولكن قال: لم يدفعها فالقول قول المستودع أيضاً ثم ننظر في المدفوع إليه، فإن أقر أنه قبضه وكان الدفع في دين فقد برىء الكل وإن أنكر فالقول قوله مع يمينه.

وقد ذكر أصحابنا أن الدافع يضمن لكونه قضى الدين بغير نية ولا يجب اليمين على صاحب الوديعة لأن المودع مفرط لكونه أذن في قضاء يبرئه من الحق ولم يبرأ بدفعه فكان ضامناً سواء صدقه أو كذبه، وإن أمره بدفعه وديعة لم يحتج إلى بينة لأن المودع يقبل قوله في التلف والرد. فلا فائدة في الإشهاد عليه، فعلى هذا يحلف المودع ويبرأ ويحلف الآخر ويبرأ أيضاً ويكون ذهابها من مالكها.

فصل: وإذا أودع بهيمة فأمره صاحبها بعلفها وسقيها لزمه ذلك لوجهين: **أحدهما**: لحرمة صاحبها لأنه أخذها منه على ذلك.

والثاني: لحرمة البهيمة فإن الحيوان يجب إحياؤه بالعلف والسقي. ويحتمل أن لا يلزمه علفها إلا أن يقبل ذلك لأن هذا تبرع منه فلا يلزمه بمجرد أمر صاحبها كغير الوديعة، وإن أطلق ولم يأمره بعلفها لزمه ذلك أيضاً. وبهذا قال الشافعي ويحتمل أن لا يلزمه ذلك، وبه قال أبو حنيفة لأنه استحفظه إياها ولم يأمر بعلفها والعلف على مالكها فإذا لم يعلفها كان هو المفرط في ماله.

ولنا: إنه لا يجوز إتلافها ولا التفريط فيها فإذا أمره بحفظها تضمن ذلك علفها وسقيها ثم ننظر فإن قدر المستودع على صاحبها أو وكيله طالبه بالإنفاق عليها أو بردها عليه أو يأذن له في الإنفاق عليها ليرجع به، فإذا عجز عن صاحبها أو وكيله دفع الأمر إلى الحاكم، فإن وجد لصاحبها مالاً أنفق عليها منه وإن لم يجد مالاً فعل ما يرى لصاحبها الحظ فيه من بيعها أو بيع بعضها وإنفاقه عليها أو إجارتها أو الاستدانة على صاحبها من بيت المال أو من غيره ويدفع ذلك إلى المودع إن أراد ذلك لينفقه عليها وإن رأى دفعه إلى غيره ليتولى الإنفاق عليها جاز، وإن استدان من المودع جاز أن يدفعه إليه ليتولى الإنفاق عليها لأنه أمين عليها، ويجوز أن يأذن له الحاكم في أن ينفق عليها من ماله ويكون قابضاً لنفسه من نفسه ويكل ذلك إلى اجتهاده في قدر ما ينفق ويرجع به على صاحبها فإن اختلفا في قدر النفقة فالقول قول المودع إذا ادعى النفقة بالمعروف، وإن ادعى أكثر من ذلك لم يثبت له، وإن اختلفا في قدر المدة التي أنفق فيها فالقول

قول صاحبها لأن الأصل عدم ذلك، فإن لم يقدر على الحاكم فأنفق عليها محتسباً بالرجوع على صاحبها وأشهد على الرجوع رجع بما أنفق رواية واحدة لأنه مأذون فيه عرفاً ولا تفريط فيه إذا لم يجد حاكماً، وإن فعل ذلك مع إمكان استئذان الحاكم من غير إذنه فهل له الرجوع؟ يخرج على روايتين نص عليهما فيما إذا أنفق على البهيمة المرهونة من غير إذن الراهن وفي الضامن إذا ضمن وأذن بغير إذن المضمون عنه هل يرجع به؟ على روايتين: **إحداهما**: يرجع به لأنه مأذون فيه عرفاً. **والثانية**: لا يرجع لأنه مفرط بترك استئذان الحاكم، وإن أنفق من غير إشهاد مع العجز عن استئذان الحاكم أو مع إمكانه ففي الرجوع وجهان أيضاً كذلك، ومتى علف البهيمة أو سقاها في داره أو غيرها بنفسه أو أمر غلامه أو صاحبه ففعل ذلك كما يفعل في بهائمه على ما جرت به العادة فلا ضمان عليه لأن هذا مأذون فيه عرفاً لجريان العادة به فأشبه المصرح به.

فصل: وإن أودعه البهيمة وقال: لا تعلفها ولا تسقها لم يجز له ترك علفها لأن للحيوان حرمة في نفسه يجب إحياؤه لحق الله تعالى، فإن علفها وسقاها كان كالقسم الذي قبله، وإن تركها حتى تلفت لم يضمنها. وهذا قول عامة أصحاب الشافعي، وقال بعضهم: يضمن لأنه تعدى بترك علفها أشبه إذا لم ينهه. وهذا قول ابن المنذر لنهي رسول الله ﷺ عن إضاعة المال. فيصير أمر مالكها وسكوته سواء.

ولنا: إنه ممتثل لأمر صاحبها فلم يضمنها كما لو قال: اقتلها فقتلها وكما لو قال: لا تخرج الوديعة وإن خفت عليها فخاف عليها ولم يخرجها أو أمره صاحبها بإلقائها في نار أو بحر، وبهذا ينتقض ما ذكروه. ومنع ابن المنذر الحكم فيما إذا أمره بإتلافها وأتلفها لما تقدم ولا يصح لأنه ثابت لصاحبها فلم يغرم له شيئاً كما لو استنابه في مباح والتحريم أثره في بقاء حق الله تعالى وهو التأثيم أما حق الآدمي فلا يبقى مع إذنه في تفويته ولأنها لم تتلف بفعله وإنما تلفت بترك العلف المأذون فيه. أشبه ما لو قال له: لا تخرجها إذا خفت عليها فلم يخرجها.

مسألة: قال رحمه الله: (ولو كان في يده وديعة فادعاها نفسان فقال: أودعني أحدهما ولا أعرفه عيناً أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف أنها له وسلمت إليه).

وجملته: أن من كانت عنده وديعة فادعاها نفسان فأقر بها لأحدهما سلمت إليه لأن يده دليل ملكه فلو ادعاها لنفسه كان القول قوله فإذا أقر بها لغيره وجب أن يقبل ويلزمه أن يحلف الآخر لأنه منكر لحقه فإن حلف برىء وإن نكل لزمه أن يغرم له قيمتها لأنه فوتها عليه. وكذلك لو أقر للثاني بها بعد أن أقر بها للأول سلمت إلى الأول لأنه استحقها بإقراره وغرم قيمتها للثاني: نص على هذا أحمد وإن أقر بها لهما جميعاً فهي بينهما ويلزمه اليمين لكل واحد منهما في نصفها. وإن قال: هي لأحدهما لا أعرفه عيناً فاعترفا له بجهله تعين

المستحق لها فلا يمين عليه، وإن ادعيا معرفته فعليه يمين واحدة أنه لا يعلم ذلك، وقال أبو حنيفة: يحلف يمينين كما لو أنكر أنها لهما.

ولنا: إن الذي يدعي عليه أمر واحد وهو العلم بعين المالك فكفاه يمين واحدة كما لو ادعياها فأقر بها لأحدهما ويفارق ما إذا أنكرهما لأن كل واحد منهما يدعي أنها له فهما دعويان فإن حلف أقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف وسلمت إليه.

وقال الشافعي: يتحالفان ويوقف الشيء بينهما حتى يصطلحا، وهو قول ابن أبي ليلى لأنه لا يعلم المالك منهما، وللشافعي قول آخر إنها تقسم بينهما كما أقر بها لهما. وهذا الذي حكاه ابن المنذر عن ابن أبي ليلى وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه فيما حكي عنهم قالوا ويضمن المستودع نصفها لكل واحد منهما لأنه فوت ما استودع بجهله.

ولنا: إنهما تساويا في الحق فيما ليس بأيديهما فوجب أن يقرع بينهما كالعبدين إذا أعتقهما في مرضه فلم يخرج من الثلث إلا أحدهما أو كما لو أراد السفر بإحدى نسائه، وقول أبي حنيفة ليس بصحيح. فإن العين لم تتلف ولو تلفت بغير تفريط منه فلا ضمان عليه وليس في جهله تفريط إذ ليس في وسعه أن لا ينسى ولا يجهل.

مسألة: قال: (ومن أودع شيئاً فأخذ بعضه ثم رده أو مثله فضاع الكل لزمه مقدار ما أخذ).

وجملته: أن من أودع شيئاً فأخذ بعضه لزمه ضمان ما أخذ. فإن رده أو مثله لم يزل الضمان عنه، وبهذا قال الشافعي. وقال مالك لا ضمان عليه إذا رده أو مثله وقال أصحاب الرأي: إن لم ينفق ما أخذه ورد لم يضمن وإن أنفقه ثم رده أو مثله ضمن.

ولنا: إن الضمان تعلق بذمته بالأخذ بدليل أنه لو تلف في يده قبل رده ضمنه فلا يزول إلا برده إلى صاحبه كالمغصوب، فأما سائر الوديعة فينظر فيه فإن كان في كيس مختوم أو مشدود فكسر الختم أو حل الشد ضمن سواء أخرج منه أو لم يخرج، لأنه هتك الحرز بفعل تعدى به، وإن خرق الكيس فوق الشد فعليه ضمان ما خرق خاصة لأنه ما هتك الحرز، وإن لم تكن الدراهم في كيس أو كانت في كيس غير مشدود أو كانت ثياباً فأخذ منها واحداً ثم رده بعينه لم يضمن غيره لأنه لم يتعد في غيره، وإن رد بدله وكان متميزاً لم يضمن غيره لذلك وإن لم يكن متميزاً فظاهر كلام الخرقي ها هنا أنه لا يضمن غيره لأن التعدي اختص به فيختص الضمان به وخلط المردود بغيره لا يقتضي الضمان لأنه يجب رده معها فلم يفوت على نفسه إمكان ردها بخلاف ما إذا خلطه بغيره، ولو أذن له صاحب الوديعة في الأخذ منها ولم يأمره برد بدله فأخذ ثم رد بدل ما أخذ فهو كرد بدل ما لم يؤذن في أخذه. وقال القاضي: يضمن الكل وهو قول

الشافعي لأنه خلط الوديعة بما لا يتميز منها فضمن الكل كما لو خلطها بغير البدل وقد ذكرنا فرقاً بين البدل وغيره فلا يصح القياس. وقال أبو حنيفة: إذا كسر ختم الكيس لم يلزمه ضمان الوديعة لأنه لم يتعد في غيره.

ولنا: إنه هتك حرزها فضمنها إذا تلفت كما لو أودعه إياها في صندوق مقفل ففتحه وتركه مفتوحاً. ولا نسلم أنه لم يتعد في غير الختم.

فصل: وإذا ضمن الوديعة بالاستعمال أو بالجحد ثم ردها إلى صاحبها زال عنه الضمان، فإن ردها صاحبها إليه كان ابتداء استئمان وإن لم يردها إليه ولكن جدد له الاستئمان أو أبرأه من الضمان برىء من الضمان في ظاهر المذهب لأن الضمان حقه فإذا أبرأه منه برىء كما لو أبرأه من دين في ذمته، وإذا جدد له استئماناً فقد انتهى القبض المضمون به فزال الضمان، وقد قال أصحابنا إذا رهن المغصوب عند الغاصب أو أودعه عنده زال عنه ضمان الغصب فها هنا أولى.

فصل: ولو تعدى فلبس الثوب وركب الدابة أو أخذ الوديعة ليستعملها أو ليخزن فيها ثم ردها إلى موضعها بنية الأمانة لم يبرأ من الضمان، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة يبرأ لأنه ممسك لها بإذن مالكها فأشبه ما قبل التعدي.

ولنا: إنه ضمنها بعدوان فبطل الاستئمان كما لو جحدها ثم أقر بها. وبهذا يبطل ما ذكروه.

فصل: ولا يصح الإيداع إلا من جائز التصرف. فإن أودع طفل أو معتوه إنساناً وديعة ضمنها بقبضها ولا يزول الضمان عنه بردها إليه وإنما يزول بدفعها إلى وليه الناظر له في ماله أو الحاكم، فإن كان الصبي مميزاً صح إيداعه لما أذن له في التصرف فيه لأنه كالبالغ بالنسبة إلى ذلك فإن أودع رجل عند صبي أو معتوه وديعة فتلفت لم يضمنها سواء حفظها أو فرط في حفظها، فإن أتلفها أو أكلها ضمنها في قول القاضي وظاهر مذهب الشافعي، ومن أصحابنا من قال لا ضمان عليه وهو قول أبي حنيفة لأنه سلطه على إتلافها بدفعها إليه فلا يلزمه ضمانها، ألا ترى أنه لو دفع إلى صغير سكيناً فوقع عليها كان ضمانه على عاقلته؟

ولنا: إن ما ضمنه بإتلافه قبل الإيداع ضمنه بعد الإيداع كالبالغ. ولا يصح قولهم إنه سلطه على إتلافها وإنما استحفظه إياها، وفارق دفع السكين فإنه سبب للإتلاف ودفع الوديعة بخلافه.

فصل: وإن أودع عبداً وديعة خرج على الوجهين في الصغير إن قلنا لا يضمن الصبي فأتلفها العبد كانت في ذمته وإن قلنا يضمن كانت في رقبته.

فصل: وإن غصبت الوديعة من المودع قهراً فلا ضمان عليه سواء أخذت من يده أو أكره على تسليمها فسلمها بنفسه لأن الإكراه عذر لها يبيح له دفعها فلم يضمنها كما لو أخذت من يده قهراً.

باب قسمة الفيء والغنيمة والصدقة

الفيء: هو الراجع إلى المسلمين من مال الكفار بغير قتال، يقال: فاء الفيء إذا رجع نحو المشرق. والغنيمة ما أخذ منهم قهراً بالقتال واشتقاقها من الغنم وهو الفائدة وكل واحد منهما في الحقيقة فيء وغنيمة وإنما خص كل واحد منهما باسم ميز به عن الآخر، والأصل فيهما قول الله تعالى: ﴿مَا أَفَاءَ ٱللَّهُ على رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَى﴾ [الحشر: ٧] وقوله سبحانه: ﴿وَٱعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ﴾ [الأنفال: ٤١].

مسألة: قال: (والأموال ثلاثة فيء وغنيمة وصدقة).

يعني والله أعلم أن الأموال التي تليها الولاة من أموال المسلمين فإنها ثلاثة أقسام: قسمان يؤخذان من مال المشركين. أحدهما: الفيء وهو ما أخذ من مال مشرك لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب كالذي تركوه فزعاً من المسلمين وهربوا. والجزية عشر أموال أهل دار الحرب إذا دخلوا إلينا تجاراً ونصف عشر تجارات أهل الذمة وخراج الأرضين ومال من مات من المشركين ولا وارث له. والغنيمة ما أخذ بالقهر والقتال من الكفار، والقسم الثالث الصدقة وهو ما أخذ من مال مسلم تطهيراً له وهو الزكاة وقد ذكرناها، يروى أن عمر رضي الله عنه قرأ قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَٱلْمَسَاكِينِ﴾ ـ حتى بلغ ـ ﴿عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾ [التوبة: ٦٠] ثم قال: «هذه لهؤلاء ثم قرأ» ﴿وَٱعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ﴾ ـ حتى بلغ ـ ﴿وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ﴾ [الأنفال: ٤١] ثم قال: هذه لهؤلاء ثم قرأ: ﴿مَا أَفَاءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَى﴾ ـ حتى بلغ ـ ﴿وَٱلَّذِينَ جَاؤُوا مِنْ بَعْدِهِمْ﴾ [الحشر: ٧] ثم قال: هذه استوعبت المسلمين عامة ولئن عشت ليأتين الراعي وهو بسرو حمير نصيبه منها لم يعرق به جبينه».

فصل: ولم تكن الغنائم تحل لمن مضى من الأمم وإنما علم الله ضعفنا فطيبها لنا رحمة لنا ورأفة بنا وكرامة لنبينا ﷺ. روي عن النبي ﷺ أنه قال: «أعطيت خمساً لم يعطهن نبي قبلي ـ فذكر فيها ـ أحلت لي الغنائم» متفق عليه وقال سعيد حدثنا أبو معاوية عن الأعمش

عن أبي صالح عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لم تحل الغنائم لقوم سود الرؤوس غيركم، كانت تنزل نار من السماء فتأكلها» ثم كانت في أول الإسلام لرسول الله ﷺ بدليل قول الله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ﴾ [الأنفال: ١] ثم صار أربعة أخماسها للغانمين والخمس لغيرهم بدليل قوله تعالى: ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ﴾ [الأنفال: ٤١] فأضاف الغنيمة إليهم وجعل الخمس لغيرهم فيدل ذلك على أن سائرها لهم، وجرى ذلك مجرى قوله تعالى: ﴿وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾ [النساء: ١١] أضاف ميراثه إليهما ثم جعل للأم منه الثلث فدل على أن الباقي للأب. وقال تعالى: ﴿فَكُلُوا مِمَّا غَنِمْتُمْ حَلَالًا طَيِّبًا﴾ [الأنفال: ٦٩] فأحلها لهم.

مسألة: قال: (فالفيء ما أخذ من مال مشرك بحال ولم يوجف عليه بخيل ولا ركاب والغنيمة ما أوجف عليها).

الركاب: الإبل خاصة. والإيجاف أصله التحريك والمراد ها هنا الحركة في السير إليه. قال قتادة: ﴿فَمَا أَوْجَفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ﴾ [الحشر: ٦] ما قطعتم وادياً ولا سيرتم إليها دابة إنما كانت حوائط بني النضير أطعمها الله رسول الله ﷺ قال. أبو عبيد: الإيجاف الإيضاع يعني الإسراع، وقال الزجاج الوجيف دون التقريب من السير يقال وجف الفرس وأوجفت أنا قال الله تعالى: ﴿مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْهُمْ فَمَا أَوْجَفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ﴾ [الحشر: ٦] فكل ما أخذ من مال مشرك بغير إيجاف مثل الأموال التي يتركونها فزعاً من المسلمين ونحو ذلك هو فيء وما أجلب عليه المسلمون وساروا إليه وقاتلوهم عليه فهو غنيمة سواء أخذ عنوة أو استنزلوا أهله بأمان فإن النبي ﷺ افتتح حصون خيبر بعضها عنوة وبعضها استنزل أهله بالأمان فكانت غنيمة كلها.

مسألة: قال: (فخمس الفيء والغنيمة مقسوم على خمسة أسهم).

في هذه المسألة فصول أربعة: **الفصل الأول**: أن الفيء مخموس كما تخمس الغنيمة في إحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي. **والرواية الثانية**: لا يخمس نقلها أبو طالب فقال: إنما تخمس الغنيمة قال القاضي لم أجد بما قال الخرقي من أن الفيء مخموس نصاً فأحكيه، وإنما نص على أنه غير مخموس. وهذا قول عامة أهل العلم قال ابن المنذر ولا تحفظ عن ما قاله الشافعي في الفيء خمس كخمس الغنيمة، وأخبار عمر تدل على ما قاله الشافعي ولأن الله تعالى قال: ﴿مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى﴾ - إلى قوله - ﴿وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ﴾ [الحشر: ٧] فجعله كله لهم ولم يذكر خمساً، ولما قرأ عمر هذه الآية قال: «هذه استوعبت المسلمين» ووجه الأول قول الله تعالى: ﴿مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ﴾ [الحشر: ٧] فظاهر هذا أن جميعه لهؤلاء وهم أهل الخمس، وجاءت الأخبار

عن عمر دالة على اشتراك جميع المسلمين فيه فوجب الجمع بينهما كيلا تتناقض الآية والأخبار وتتعارض، وفي إيجاب الخمس فيه جمع بينهما وتوفيق، فإن خمسه للذي سمي في الآية وسائره ينصرف إلى من في الخبر كالغنيمة، ولأنه مال مشترك مظهور عليه فوجب أن يخمس كالغنيمة والركاز وروى البراء بن عازب قال: «لقيت خالي ومعه الراية قلت إلى أين؟ فقال: بعثني رسول الله ﷺ إلى رجل عرس بامرأة أبيه أن أضرب عنقه وأخمس ماله».

الفصل الثاني: أن الغنيمة مخموسة ولا اختلاف في هذا بين أهل العلم بحمد الله، وقد نطق به الكتاب العزيز فقال الله تعالى: ﴿وَٱعْلَمُوٓا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾ [الأنفال: ٤١] لكن اختلف في أشياء: منها سلب القاتل وأكثر أهل العلم على أنه لا يخمس فإن عمر رضي الله عنه قال: «كنا لا نخمس السلب» وقول النبي ﷺ: «من قتل قتيلاً فله سلبه» يقتضي أنه له كله ولو خمس لم يكن جميعه له وعن أبي قتادة «أن رسول الله ﷺ نفله سلب رجل قتله يوم حنين ولم يخمس» رواه سعيد في سننه. ومنها إذا قال الإمام من جاء بعشرة رؤوس فله رأس ومن طلع الحصن فله كذا من النفل فالظاهر أن هذا غير مخموس لأنه في معنى السلب. ومنها إذا قال الإمام من أخذ شيئاً فهو له وقلنا يجوز ذلك فقد قيل لا خمس فيه لأنه في معنى الذي قبله. والصحيح أن الخمس لا يسقط لأنه يدخل في عموم الآية ولا يدخل في معنى السلب والنفل لأن ترك تخميسهما لا يسقط خمس الغنيمة بالكلية وهذا يسقطه فلا يكون تخصيصاً بل نسخاً لحكمها ونسخها بالقياس غير جائز اتفاقاً. ومنها إذا دخل قوم لا منعة لهم دار الحرب بغير إذن الإمام فقد قيل إن ما غنموه لهم من غير أن يخمس، والصحيح أنه يخمس ويدفع إليهم أربعة أخماسه لدخوله في عموم الآية وعدم دليل يوجب تخصيصه.

الفصل الثالث: أن الخمس مما يجب خمسه من الفيء والغنيمة شيء واحد في مصرفهما وحكمهما ولا اختلاف في هذا بين القائلين بوجوب الخمس فيهما فإن القائل بوجوب الخمس في الفيء غير من قاله من أصحابنا الشافعي وقد وافق على هذا فإنه قال في الفيء والغنيمة يجتمعان في أن فيهما الخمس لمن سماه الله تعالى يعني في سورة الأنفال في قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَٱعْلَمُوٓا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾ [الأنفال: ٤١] وفي سورة الحشر في قوله تعالى: ﴿مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ﴾ [الحشر: ٧] والمسمون في الآيتين شيء واحد.

الفصل الرابع: أن الخمس يقسم إلى خمسة أسهم. وبهذا قال عطاء ومجاهد والشعبي والنخعي وقتادة وابن جريج والشافعي وقيل يقسم على ستة: سهم لله وسهم لرسوله لظاهر قوله تعالى: ﴿وَٱعْلَمُوٓا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ﴾ [الأنفال: ٤١] فعد ستة وجعل الله تعالى لنفسه سهماً سادساً وهو

مردود على عباد الله أهل الحاجة، وقال أبو العالية سهم الله عز وجل هو أنه إذا عزل الخمس ضرب بيده فما قبض عليه من شيء جعله للكعبة فهو الذي سمي لله لا تجعلوا له نصيباً فإن لله الدنيا والآخرة ثم يقسم بقية السهم الذي عزله على خمسة أسهم، وروي عن الحسن وقتادة في سهم ذي القربى كانت طعمة لرسول الله ﷺ في حياته. فلما توفي حمل عليه أبو بكر وعمر في سبيل الله، وروى ابن عباس: «أن أبا بكر وعمر قسما الخمس على ثلاثة أسهم» ونحوه حكي عن الحسن بن محمد ابن الحنفية وهو قول أصحاب الرأي قالوا يقسم الخمس على ثلاثة: اليتامى والمساكين وابن السبيل وأسقطوا سهم رسول الله ﷺ بموته وسهم قرابته أيضاً، وقال مالك: الفيء والخمس واحد يجعلان في بيت المال. قال ابن القاسم وبلغني عمن أثق به أن مالكاً قال يعطي الإمام أقرباء رسول الله ﷺ على ما يرى، وقال الثوري والحسن يضعه الإمام حيث أراه الله عز وجل.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَٱعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِذِي ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَامَىٰ وَٱلْمَسَاكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ﴾ [الأنفال: ٤١] وسهم الله والرسول واحد كذا قال عطاء والشعبي، وقال الحسن بن محمد ابن الحنفية وغيره قوله: ﴿فأَنَّ لله خمسه﴾ افتتاح كلام يعني أن ذكر الله تعالى لافتتاح الكلام باسمه تبركاً به لا لإفراده بسهم فإن لله تعالى الدنيا والآخرة، وقد روي عن ابن عمر وابن عباس قالا: «كان رسول الله ﷺ يقسم الخمس على خمسة» وما ذكره أبو العالية فشيء لا يدل عليه رأي ولا يقتضيه قياس ولا يصار إليه إلا بنص صحيح يجب التسليم له ولا نعلم في ذلك أثراً صحيحاً سوى قوله: فلا يترك ظاهر النص وقول رسول الله ﷺ وفعله من أجل قول أبي العالية، وما قاله أبو حنيفة فمخالف لظاهر الآية فإن الله تعالى سمى لرسوله وقرابته شيئاً وجعل لهما في الخمس حقاً كما سمى للثلاثة الأصناف الباقية، فمن خالف ذلك فقد خالف نص الكتاب، وأما حمل أبي بكر وعمر رضي الله عنهما على سهم ذي القربى في سبيل الله فقد ذكر لأحمد فسكت وحرك رأسه ولم يذهب إليه، ورأى أن قول ابن عباس ومن وافقه أولى لموافقته كتاب الله وسنة رسوله ﷺ فإن ابن عباس لما سئل عن سهم ذي القربى قال: «إنا كنا نزعم أنه لنا فأبى ذلك علينا قومنا» ولعله أراد بقوله أبى ذلك علينا قومنا فعل أبي بكر وعمر رضي الله عنهما في حملهما عليه في سبيل الله ومن تبعهما على ذلك، ومتى اختلف الصحابة وكان قول بعضهم يوافق الكتاب والسنة كان أولى وقول ابن عباس موافق للكتاب والسنة. فإن جبير بن مطعم روى: «أن رسول الله ﷺ لم يقسم لبني عبد شمس ولا بني نوفل من الخمس شيئاً كما كان يقسم لبني هاشم ولبني المطلب، وإن أبا بكر كان يقسم الخمس نحو قسم رسول الله ﷺ غير أنه لم يكن يعطي قربى رسول الله ﷺ كما كان يعطيهم وكان عمر يعطيهم وعثمان من بعده» رواه أحمد في مسنده.

وقد تكلم في رواية ابن عباس عن أبي بكر وعمر «أنهما حملا على سهم ذي القربى في سبيل الله. فقيل إنه يرويه محمد بن مروان وهو ضعيف عن الكلبي وهو ضعيف أيضاً، ولا يصح عند أهل النقل فإن قالوا فالنبي ﷺ ليس بباق فكيف يبقى سهمه؟ قلنا جهة صرفه إلى النبي ﷺ مصلحة المسلمين والمصالح باقية قال رسول الله ﷺ: «ما يحل لي مما أفاء الله عليكم ولا مثل هذه، إلا الخمس، وهو مردود عليكم» رواه سعيد.

مسألة: قال: (وسهم لرسول الله ﷺ يصرف في الكراع والسلاح ومصالح المسلمين).

وهذا قول الشافعي. فإنه قال: اختار أن يضعه الإمام في كل أمر خص به الإسلام وأهله من سد ثغر وإعداد كراع أو سلاح أو إعطائه أهل البلاء في الإسلام نفلاً عند الحرب وغير الحرب. وهذا نحو ما قال الخرقي وهذا السهم كان لرسول الله ﷺ من الغنيمة حضر أو لم يحضر كما أن سهم بقية أصحاب الخمس لهم حضروا أو لم يحضروا. وكان رسول الله ﷺ يصنع به ما شاء. فلما توفي وليه أبو بكر ولم يسقط بموته، وقد قيل إنما أضافه الله تعالى إلى نفسه وإلى رسوله ليعلم أن جهته جهة المصلحة وأنه ليس بمختص بالنبي ﷺ فيسقط بموته.

وزعم قوم أنه سقط بموته ويرد على أنصباء الباقين من أهل الخمس لأنهم شركاؤه، وقال آخرون بل يرد على الغانمين لأنهم استحلوها بقتالهم وخرجت منها سهام، منها سهم النبي ﷺ ما دام حياً فإذا مات وجب رده إلى من وجد سبب الاستحقاق فيه كما أن تركة الميت إذا خرج منها سهم بوصية ثم بطلت الوصية رد إلى التركة. وقالت طائفة: هو للخليفة بعده لأن أبا بكر روى عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا أطعم الله نبياً طعمة ثم قبضه فهو للذي يقوم بها من بعده. وقد رأيت أن أرده على المسلمين» والصحيح أنه باق وأنه يصرف في مصالح المسلمين لكن الإمام يقوم مقام النبي ﷺ في صرفه فيما يرى فإن أبا بكر قال: «لا أدع أمراً رأيت رسول الله ﷺ يصنعه فيه إلا صنعته» متفق عليه، وروي عن الحسن بن محمد ابن الحنفية أنه قال: اختلفوا في هذين السهمين. يعني سهم الرسول ﷺ وسهم ذي القربى. فأجمع رأيهم على أن يجعلوهما في الخيل والعدة في سبيل الله، فكانا في خلافة أبي بكر وعمر في الخيل والعدة في سبيل الله.

فصل: وكان لرسول الله ﷺ من المغنم الصفي، وهو شيء يختاره من المغنم قبل القسمة كالجارية والعبد والثوب والسيف ونحوه. وهذا قول محمد بن سيرين والشعبي وقتادة وغيرهم من أهل العلم. وقال أكثرهم إن ذلك انقطع بموت النبي ﷺ. قال أحمد: الصفي إنما كان للنبي ﷺ خاصة لم يبق بعده ولا نعلم مخالفاً لهذا إلا أبا ثور فإنه قال إن

كان الصفي ثابتاً للنبي ﷺ فللإمام أن يأخذه على نحو ما كان يأخذه النبي ﷺ ويجعله مجعل سهم النبي من خمس الخمس. فجمع بين الشك فيه في حياة النبي ﷺ ومخالفة الإجماع في إبقائه بعد موته، قال ابن المنذر: لا أعلم أحداً سبق أبا ثور إلى هذا القول. وقد أنكر قوم كون الصفي للنبي ﷺ واحتجوا بما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده «أن رسول الله ﷺ رفع وبرة من ظهر بعيرة فقال: ما يحل لي مما أفاء الله عليكم» ولا مثل هذه إلا الخمس وهو مردود عليكم» رواه سعيد. ورواه أبو داود بإسناده عن أبي أمامة عن النبي ﷺ، ولأن الله تعالى قال: ﴿وَٱعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ﴾ [الأنفال: ٤١] فمفهومه أن باقيها للغانمين.

ولنا: ما روى أبو داود بإسناده «أن النبي ﷺ كتب إلى بني زهير بن قيس: إنكم إن شهدتم أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله وأديتم الزكاة وأديتم الخمس من المغنم وسهم الصفي إنكم آمنون بأمان الله ورسوله» وفي حديث وفد عبد القيس الذي رواه ابن عباس «وأن يعطوا سهم النبي ﷺ والصفي» وقالت عائشة: «كانت صفية من الصفي» رواه أبو داود، وأما انقطاعه بعد النبي ﷺ فثابت بإجماع الأمة قبل أبي ثور وبعده عليه وكون أبي بكر وعمر وعثمان ومن بعدهم لم يأخذوه ولا ذكره أحد منهم ولا يجمعون على ترك سنة النبي ﷺ.

مسألة: قال: (وخمس مقسوم في صلبية بني هاشم وبني المطلب ابني عبد مناف حيث كانوا للذكر مثل حظ الأنثيين).

يعني بقوله: «في صلبية بني هاشم» أولاده دون من يعد معهم من مواليهم وحلفائهم. وفي هذه المسألة فصول خمسة:

الفصل الأول: أن سهم ذي القربى ثابت بعد موت النبي ﷺ وقد مضى ذكر ذلك والخلاف فيه، وقد ذكرهم الله تعالى في كتابه من ذوي السهام. وثبت أن النبي ﷺ كان يعطيهم. فروى جبير بن مطعم قال: «وضع رسول الله ﷺ سهم ذي القربى في بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل وبني عبد شمس» وذكر الحديث رواه أبو داود، ولم يأت لذلك نسخ ولا تغيير. فوجب القول به والعمل بحكمه قال أحمد ثنا وكيع ثنا أبو معشر عن المقبري قال: «كتب نجدة إلى ابن عباس يسأله عن سهم ذي القربى؟ فكتب ابن عباس: إنا كنا نزعم أنه لنا فأبى ذلك علينا قومنا» قال أحمد: أنا أذهب إلى أنه لقرابة النبي ﷺ على ما قال ابن عباس «هو لنا».

الفصل الثاني: أن ذا القربى هم بنو هاشم وبنو المطلب بن عبد مناف دون غيرهم. بدليل ما روى جبير بن مطعم قال: «لما قسم رسول الله ﷺ سهم ذي القربى من خيبر بين

بني هاشم وبني المطلب أتيت أنا وعثمان بن عفان رسول الله ﷺ فقلنا: يا رسول الله، أما بنو هاشم فلا ننكر فضلهم لمكانك الذي وضعك الله به منهم، فما بال إخواننا من بني المطلب أعطيتهم وتركتنا، وإنما نحن وهم منك بمنزلة واحدة؟ فقال: إنهم لم يفارقوني في جاهلية ولا إسلام، وإنما بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد، وشبك بين أصابعه، وفي رواية «إنهم لم يفارقونا في جاهلية ولا إسلام» رواه أحمد والبخاري فرعى لهم النبي ﷺ نصرتهم وموافقتهم بني هاشم. ومن كانت أمه منهم وأبوه من غيرهم لم يستحق شيئاً. لأن النبي ﷺ لم يدفع إلى أقارب أمه وهم بنو زهرة شيئاً، وإنما دفع إلى أقارب أبيه، ولو دفع إلى أقارب أمه لدفع إلى بني زهرة. وخبر جبير يدل على أنه لم يعطهم شيئاً ولم يدفع أيضاً إلى بني عماته وهم الزبير بن العوام وعبد الله والمهاجر ابنا أبي أمية وبنو جحش.

الفصل الثالث: أنه يشترك فيه الذكر والأنثى لدخولهم في اسم القرابة، واختلفت الرواية في قسمته بينهم. فعن أحمد: أنه يقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين وهو اختيار الخرقي ومذهب الشافعي. لأنه سهم استحق بقرابة الأب شرعاً ففضل فيه الذكر على الأنثى كالميراث، ويفارق الوصية وميراث ولد الأم. فإن الوصية استحقت بقول الموصي، وميراث ولد الأم استحق بقرابة الأم. **والرواية الثانية:** يسوى بين الذكر والأنثى، وهو قول أبي ثور والمزني وابن المنذر لأنهم أعطوا باسم القرابة والذكر والأنثى فيها سواء فأشبه ما لو وصى لقرابة فلان أو وقف عليهم ألا ترى أن الجد يأخذ مع الأب، وابن الابن يأخذ مع الابن؟ وهذا يدل على مخالفة المواريث ولأنه سهم من خمس الخمس لجماعة فيستوي فيه الذكر والأنثى كسائر سهامه ويسوى بين الصغير والكبير على الروايتين لاستوائهم في القرابة فأشبه الميراث.

الفصل الرابع: أنه يفرق بينهم حيث كانوا من الأمصار، ويجب تعميمهم به حسب الإمكان وهذا قول الشافعي. وقال بعضهم: يخص أهل كل ناحية بخمس مغزاها الذي ليس لهم مغزى سواه فما يؤخذ من مغزى الروم لأهل الشام والعراق وما يؤخذ من مغزى الترك لمن في خراسان من ذوي القربى لما يلحق من المشقة في نقله من المشرق إلى المغرب. ولأنه يتعذر تعميمهم به فلم يجب كسائر أهل السهم، ووجه الأول أنه سهم مستحق بقرابة الأب فوجب دفعه إلى جميع المستحقين كالميراث. فعلى هذا يبعث الإمام إلى عماله في الأقاليم وينظر كم حصل من ذلك؟ فإن استوت فيه فرق كل خمس فيمن قاربه، وإن اختلفت أمر بحمل الفضل ليدفع إلى مستحقه كالميراث. وفارق الصدقة حيث لا تنقل لأن كل بلد يكاد لا يخلو من صدقة تفرق على فقراء أهله، والخمس يؤخذ من بعض الأقاليم، فلو لم ينقل لأدى إلى إعطاء البعض وحرمان البعض. والصحيح إن شاء الله أنه لا يجب التعميم لأنه يتعذر فلم يجب كتعميم المساكين، وما ذكر من بعث الإمام عماله وسعاته فهو متعذر في

زماننا. لأن الإمام لم يبق له حكم إلا في قليل من بلاد الإسلام. ولم يبق له جهة في الغزو ولا له فيه أمر، ولأن هذا سهم من سهام الخمس فلم يجب تعميمه كسائر سهامه، فعلى هذا يفرقه كل سلطان فيما أمكن من بلاده.

الفصل الخامس: أن غنيهم وفقيرهم فيه سواء، وهذا قول الشافعي وأبي ثور وقيل: لا حق فيه لغني قياساً له على بقية السهام.

ولنا: عموم قوله تعالى: ﴿وَلِذِي ٱلْقُرْبَىٰ﴾ [الأنفال: ٤١] وهذا عام لا يجوز تخصيصه بغير دليل. ولأن النبي ﷺ كان يعطي أقاربه كلهم وفيهم الأغنياء كالعباس وغيره، ولم ينقل تخصيص الفقراء منهم. وقد روى الإمام أحمد في مسنده: «أن النبي ﷺ أعطى الزبير سهماً وأمه سهماً وفرسه سهمين» وإنما أعطى أمه من سهم ذي القربى وقد كانت موسرة ولها موال ومال، ولأنه مال مستحق بالقرابة فاستوى فيه الغني والفقير كالميراث والوصية للأقارب، ولأن عثمان وجبيراً طلبا حقهما منه وسألا عن علة منعهما ومنع قرابتهما وهما موسران، فعلله النبي ﷺ بنصرة بني المطلب دونهم وكونهم مع بني هاشم كالشيء الواحد، ولو كان اليسار مانعاً والفقر شرطاً لم يطلبا مع عدمه ولعلل النبي ﷺ منعهما بيسارهما وانتفاء فقرهما.

مسألة: قال: (والخمس الثالث لليتامى).

وهم الذين لا آباء لهم ولم يبلغوا الحلم. فإن النبي ﷺ قال: «لا يتم بعد احتلام» قال بعض أصحابنا: لا يستحقون إلا مع الفقر. وهو المشهور من مذهب الشافعي، لأن ذا الأب لا يستحق والمال أنفع من وجود الأب. ولأنه صرف إليهم لحاجتهم، فإن اسم اليتم يطلق عليهم في العرف للرحمة، ومن كان إعطاؤه لذلك اعتبرت الحاجة فيه، وفارق ذوي القربى فإنهم استحقوا لقربهم من رسول الله ﷺ تكرمة لهم. والغني والفقير في القرب سواء فاستويا في الاستحقاق ولم أعلم في هذا نصاً عن أحمد وعموم الآية يقتضي تعميمهم. وقال بعض أصحاب الشافعي له قول آخر أنه للغني والفقير لعموم النص في كل يتيم وقياساً له على سهم ذي القربى. ولأنه لو خص به الفقير لكان داخلاً في جملة المساكين الذين هم أصحاب السهم الرابع. فكان يستغني عن ذكرهم وتسميتهم.

قال أصحابنا: ويفرق على الأيتام في جميع الأقطار ولا يخص به أهل ذلك المغزى. والقول فيه كالقول في سهم ذي القربى وقد تقدم القول فيه.

مسألة: قال: (والخمس الرابع للمساكين).

وهم أهل الحاجة ويدخل فيهم الفقراء، والفقراء والمساكين صنفان في الزكاة وصنف واحد ها هنا وفي سائر الأحكام وإنما يقع التمييز بينهما إذا جمع بينهما بلفظين ولم يرد ذلك

إلا في الزكاة، وسنذكرهم في أصنافها، قال أصحابنا: ويعم بها جميعهم في جميع البلاد كقولهم في سهم ذي القربى واليتامى وقد تقدم قولنا في ذلك.

مسألة: قال: (والخمس الخامس لابن السبيل).

وسنذكره أيضاً في أصناف الصدقة، ويعطى كل واحد منهم قدر ما يوصله إلى بلده، لأن دفعنا إليه لأجل الحاجة فأعطي بقدرها، فإن اجتمع في واحد أسباب كالمسكين إذا كان يتيماً وابن سبيل استحق بكل واحد منهما لأنها أسباب لأحكام، فوجب أن نثبت أحكامها كما لو انفردت فإن أعطاه ليتمه فزال فقره لم يعط لفقره شيئاً.

مسألة: قال: (وأربعة أخماس الفيء لجميع المسلمين غنيهم وفقيرهم فيه سواء إلا العبيد).

لا نعلم خلافاً بين أهل العلم اليوم في أن العبيد لا حق لهم في الفيء. وظاهر كلام أحمد والخرقي أن سائر الناس لهم حق في الفيء غنيهم وفقيرهم. ذكر أحمد الفيء فقال فيه حق لكل المسلمين وهو بين الغني والفقير. وقال عمر رضي الله عنه: ما من أحد من المسلمين إلا له في هذا المال نصيب إلا العبيد فليس لهم فيه شيء وقرأ عمر: ﴿مَا أَفَاءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ - حتى بلغ - وَٱلَّذِينَ جَآءُو مِنۢ بَعْدِهِمْ﴾ [الحشر: ٧] ثم قال: هذه استوعبت المسلمين عامة ولئن عشت ليأتين الراعي بسرو حمير نصيبه منها لم يعرق فيها جبينه» ولأنه مال مخموس فلم يختص به من فيه منفعة كأربعة أخماس الغنيمة.

وذكر القاضي أن أهل الفيء هم من أهل الجهاد من المرابطين في الثغور وجند المسلمين ومن يقوم بمصالحهم لأن ذلك كان للنبي ﷺ في حياته لحصول النصرة والمصلحة به فلما مات صارت للجند ومن يحتاج إليه المسلمون فصار ذلك لهم دون غيرهم، وأما الأعراب ونحوهم ممن لا يعد نفسه للجهاد فلا حق لهم فيه والذين يغزون إذا نشطوا يعطون من سهم سبيل الله من الصدقة، قال ومعنى كلام أحمد: أنه بين الغني والفقير، يعني الغني الذي فيه مصلحة المسلمين من المجاهدين والقضاة والفقهاء، ويحتمل أن يكون معنى كلامه: أن لجميع المسلمين الانتفاع بذلك المال لكونه يصرف إلى من يعود نفعه على جميع المسلمين وكذلك ينتفعون بالعبور على القناطر والجسور المعقودة بذلك المال وبالأنهار والطرقات التي أصلحت به.

وسياق كلامه يدل على أنه ليس مختصاً بالجند وإنما هو مصروف في مصالح المسلمين لكن يبدأ بجند المسلمين لأنهم أهم المصالح لكونهم يحفظون المسلمين فيعطون كفاياتهم فما فضل قدم الأهم فالأهم من عمارة الثغور وكفايتها فالأسلحة والكراع وما يحتاج إليه ثم الأهم فالأهم من عمارة المساجد والقناطر وإصلاح الطرق وكراء الأنهار وسد بثوقها

وأرزاق القضاة والأئمة والمؤذنين والفقهاء ونحو ذلك مما للمسلمين فيه نفع، وللشافعي قولان كنحو مما ذكرنا واحتجوا على أن أربعة أخماس الفيء كان لرسول الله ﷺ في حياته بما روى مالك ابن أوس بن الحدثان قال: «سمعت عمر بن الخطاب والعباس وعلي يختصمان إليه في أموال النبي ﷺ فقال عمر: كانت أموال بني النضير مما أفاء الله على رسوله مما لم يوجف المسلمون عليه بخيل ولا ركاب. وكان لرسول الله ﷺ خالصاً دون المسلمين وكان رسول الله ﷺ ينفق منها على أهله نفقة سنته، فما فضل جعله في الكراع والسلاح، ثم توفي رسول الله ﷺ فوليها أبو بكر بمثل ما وليها رسول الله ﷺ ثم وليتها بمثل ما وليها رسول الله ﷺ وأبو بكر» متفق عليه إلا أن فيه يجعل ما بقي أسوة المال وظاهر أخبار عمر تدل على أن لجميع المسلمين في الفيء حقاً فإنه لما قرأ الآية التي في سورة الحشر قال: «هذه الآية استوعبت المسلمين» وجعل للراعي بسرو حمير منه نصيباً وقال: «ما أحد إلا له في هذا المال نصيب» وأما أموال بني النضير فيحتمل أن النبي ﷺ كان ينفق منه على أهله لأن ذلك من أهم المصالح فبدأ بهم ثم جعل باقيه أسوة المال. ويحتمل أن تكون أموال بني النضير اختص بها النبي ﷺ من الفيء وترك سائره لمن سمي في الآية وهذا مبين في قول عمر: «وكان لرسول الله ﷺ خالصاً دون المسلمين».

فصل: واختلف الخلفاء الراشدون رضي الله عنهم في قسم الفيء بين أهله فذهب أبو بكر الصديق رضي الله عنه إلى التسوية بينهم فيه وهو المشهور عن علي رضي الله عنه فروي أن أبا بكر رضي الله عنه «سوى بين الناس في العطاء وأدخل فيه العبيد فقال له عمر: يا خليفة رسول الله، أتجعل الذين جاهدوا في سبيل الله بأموالهم وأنفسهم وهجروا ديارهم كمن إنما دخلوا في الإسلام كرهاً؟ فقال أبو بكر: إنما عملوا لله وإنما أجورهم على الله وإنما الدنيا بلاغ، فلما ولي عمر رضي الله عنه فاضل بينهم وأخرج العبيد فلما ولي علي سوى بينهم وأخرج العبيد» وذكر عن عثمان أنه فضل بينهم في القسمة، فعلى هذا يكون مذهب اثنين منهم أبي بكر وعلي التسوية ومذهب اثنين عمر وعثمان التفضيل، وروي عن أحمد رحمة الله عليه أنه أجاز الأمرين جميعاً على ما يراه الإمام ومؤدى اجتهاده إليه. فروي عن الحسن بن علي بن الحسن أنه قال: للإمام أن يفضل قوماً على قوم، وقال أبو بكر اختيار أبي عبد الله أن لا يفضلوا وهذا اختيار الشافعي. وقال أبي رأيت قسم الله المواريث على العدد بكون الإخوة متفاضلين في الغناء عن الميت والصلة في الحياة والحفظ بعد الموت فلا يفضلون، وقسم رسول الله ﷺ من الأربعة الأخماس على العدد ومنهم من يعطى غاية الغناء ويكون الفتح على يديه ومنهم من يكون محضره إما غير نافع وإما ضرر بالجبن والهزيمة. وذلك أنهم استووا في سبب الاستحقاق، وهو انتصابهم للجهاد فصاروا كالغانمين، والصحيح إن شاء الله أن ذلك مفوض إلى اجتهاد الإمام يفعل ما يراه من تسوية وتفضيل

لأن النبي ﷺ كان يعطي الأنفال فيفضل قوماً على قدر غنائمهم وهذا في معناه، والمشهور عن عمر رضي الله عنه: أنه حين كثر عنده المال فرض للمسلمين أعطياتهم ففرض للمهاجرين من أهل بدر خمسة آلاف خمسة آلاف، وللأنصار من أهل بدر أربعة آلاف أربعة آلاف، وفرض لأهل الحديبية ثلاثة آلاف ثلاثة آلاف ولأهل الفتح ألفين، وقال بمن أبدأ؟ قيل له: بنفسك قال لا ولكن أبدأ بقرابة رسول الله ﷺ. فبدأ ببني هاشم ثم ببني المطلب، لقول رسول الله ﷺ: «إنما بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد» ثم ببني عبد شمس لأنه أخو هاشم لأبويه، ثم ببني نوفل لأنه أخوهما لأبيهما، ثم الأقرب فالأقرب، قال أصحابنا ينبغي أن يتخذ الإمام ديواناً وهو دفتر فيه أسماء أهل الديوان وذكر أعطياتهم ويجعل لكل قبيلة عريفاً، فقد روى الزهري: «أن رسول الله ﷺ، عرف عام حنين على كل عشرة عريفاً» وإذا أراد إعطاءهم بدأ بقرابة رسول الله ﷺ على ما روي عن عمر رضي الله عنه ويقدم الأقرب فالأقرب ويقدم بني عبد العزى على بني عبد الدار لأن فيهم أصهار رسول الله ﷺ ولأن خديجة منهم حتى تنقضي قريش وهم بنو النضر بن كنانة ثم من بعد قريش الأنصار ثم سائر العرب ثم العجم والموالي ثم تفرض الأرزاق لمن يحتاج المسلمين إليهم من القضاة والمؤذنين والأئمة والفقهاء والقراء والبرد والعيون، ومن لا غنى للمسلمين عنه ثم في إصلاح الحصون والكراع والسلاح ثم بمصالح المسلمين من بناء القناطر والجسور وإصلاح الطرق وكري الأنهار وسد بثوقها وعمارة المساجد ثم ما فضل قسمه على سائر المسلمين ويخص ذا الحاجة.

فصل: قال القاضي: ويعرف قدر حاجتهم، يعني أهل العطاء وكفايتهم ويزداد ذو الولد من أجل ولده، وذو الفرس من أجل فرسه، وإن كان له عبيد لمصالح الحرب حسب مؤونتهم في كفايته، وإن كانوا لزينة أو تجارة لم يدخلوا في مؤونته، وينظر في أسعارهم في بلدانهم لأن أسعار البلدان تختلف والغرض الكفاية، ولهذا تعتبر الذرية والولد فيختلف عطاؤهم لاختلاف ذلك. وإن كانوا سواء في الكفاية لا يفضل بعضهم على بعض وإنما تتفاضل كفايتهم ويعطون قدر كفايتهم في كل عام مرة، وهذا والله أعلم على قول من رأى التسوية، فأما من يرى التفضيل فإنه يفضل أهل السوابق والغنى في الإسلام على غيرهم بحسب ما يراه كما أن عمر فضل أهل السوابق فقسم لقوم خمسة آلاف ولآخرين أربعة آلاف ولآخرين ثلاثة آلاف ولآخرين ألفين ألفين ولم يقدر ذلك بالكفاية.

فصل: والعطاء الواجب لا يكون إلا لبالغ يطيق مثله القتال، ويكون عاقلاً حراً بصيراً صحيحاً ليس به مرض يمنعه القتال فإن مرض الصحيح مرضاً غير مرجو الزوال كالزمانة ونحوها خرج من المقاتلة وسقط سهمه، وإن كان مرضاً مرجو الزوال كالحمى والصداع والبرسام لم يسقط عطاؤه لأنه في حكم الصحيح ألا ترى أنه لا يستنيب في الحج

كالصحيح؟ وإن مات بعد خلول وقت العطاء دفع حقه إلى ورثته، ومن مات من أجناد المسلمين دفع إلى زوجته وأولاده الصغار قدر كفايتهم لأنه لو لم تعط ذريته بعده لم يجرد نفسه للقتال لأنه يخاف على ذريته الضياع فإذا علم أنهم يكفون بعد موته سهل عليه ذلك ولهذا قال أبو خالد الهنائي:

لقد زاد الحياة إليّ حبا ... بناتي إنهن من الضعاف
مخافة أن يرين الفقر بعدي ... وأن يشربن رنقاً بعد صاف
وأن يعرين إن كسي الجواري ... فينبوا العين عن كوم عجاف
ولولا ذاك قد سومت مهري ... وفي الرحمن للضعفاء كاف

وإذا بلغ ذكور أولادهم واختاروا أن يكونوا في المقاتلة فرض لهم وإن لم يختاروا تركوا ومن خرج من المقاتلة سقط حقه من العطاء.

مسألة: قال: (وأربعة أخماس الغنيمة لمن شهد الواقعة، للراجل سهم وللفارس ثلاثة أسهم، إلا أن يكون الفارس على هجين فيكون له سهمان، سهم له وسهم لهجينه).

أجمع أهل العلم على أن أربعة أخماس الغنيمة للغانمين وقوله تعالى: ﴿وَٱعْلَمُوٓا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾ [الأنفال: ٤١] يفهم منه أن أربعة أخماسها لهم لأنه أضافها إليهم ثم أخذ منها سهماً لغيرهم فبقي سائرها لهم. كقوله تعالى: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ﴾ [النساء: ١١] وقال عمر رضي الله عنه: «الغنيمة لمن شهد الوقعة» وذهب جمهور أهل العلم إلى أن للراجل سهماً، وللفارس ثلاثة أسهم، وقال أبو حنيفة للفارس سهمان وخالفه أصحابه فوافقوا سائر العلماء، وقد ثبت عن ابن عمر «أن النبي ﷺ أسهم للفارس ثلاثة أسهم: سهم له وسهمان لفرسه» متفق عليه، وقال خالد الحذاء إنه لا يختلف فيه عن النبي ﷺ: «أنه أسهم للفرس سهمين ولصاحبه سهماً وللراجل سهماً» والهجين من الخيل هو الذي أبوه عربي وأمه غير عربية، والمقرف عكس ذلك، وهو الذي أبوه غير عربي وأمه عربية، ومنه قول هند بنت النعمان بن بشير:

وما هند إلا مهرة عربية ... سليلة أفراس تحللها بغل
فإن ولدت مهراً كريماً فبالحرى ... وإن يك إقراف فما أنجب الفحل

وأراد الخرقي بالهجين ها هنا ما عدا العربي من الخيل من البراذين وغيرها، وقد روي عن أحمد رحمه الله رواية أخرى: أن البراذين إذا أدركت مثل العراب فلها مثل سهمها. وذكر القاضي رواية أخرى فيما عدا العراب من الخيل لا يسهم لها وفي هذه المسألة اختلاف كثير وأدلة على كل قول أخرنا ذكرها إلى باب الجهاد، فإن المسألة مذكورة فيه وهو أليق بها إن شاء الله تعالى.

مسألة: قال: (والصدقة لا يجاوز بها الثمانية الأصناف التي سمى الله عز وجل).

يعني قول الله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَٱلْمَسَاكِينِ وَٱلْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَٱلْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي ٱلرِّقَابِ وَٱلْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ فَرِيضَةً مِنَ ٱللَّهِ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾ [التوبة: ٦٠] وروي «أن رجلاً قال: يا رسول الله ﷺ أعطني من هذه الصدقات فقال له رسول الله ﷺ: إن الله لم يرض بحكم نبي ولا غيره في الصدقات حتى حكم فيها فجزأها ثمانية أجزاء فإن كنت من تلك الأجزاء أعطيتك حقك» والمراد بالصدقة ها هنا الزكاة المفروضة دون غيرها من صدقة التطوع والكفارات والنذور والوصايا، ولا نعلم خلافاً بين أهل العلم في أنه لا يجوز دفع الزكاة إلى غير هذه الأصناف إلا ما روي عن عطاء والحسن أنهما قالا: ما أعطيت في الجسور والطرق فهي صدقة ماضية والأول أصح وذلك لأن الله تعالى قال: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَاتُ﴾ و «إنما» للحصر تثبت المذكور وتنفي ما عداه لأنها مركبة من حرفي نفي وإثبات فجرى مجرى قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱللَّهُ إِلَٰهٌ وَاحِدٌ﴾ أي لا إله إلا الله، وقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا أَنْتَ مُنْذِرٌ﴾ أي ما أنت إلا نذير، وقول النبي ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق».

مسألة: قال: (الفقراء وهم الزمنى والمكافيف الذين لا حرفة لهم والحرفة الصناعة ولا يملكون خمسين درهماً ولا قيمتها من الذهب والمساكين وهم السؤال وغير السؤال ومن لهم الحرفة إلا أنهم لا يملكون خمسين درهماً ولا قيمتها من الذهب).

الفقراء والمساكين صنفان في الزكاة وصنف واحد في سائر الأحكام لأن كل واحد من الاسمين ينطلق عليهما، فأما إذا جمع بين الاسمين وميز بين المسميين تميزاً وكلاهما يشعر بالحاجة والفاقة وعدم الغنى إلا أن الفقير أشد حاجة من المسكين من قبل أن الله تعالى بدأ به وإنما يبدأ بالأهم فالأهم وبهذا قال الشافعي والأصمعي وذهب أبو حنيفة إلى أن المسكين أشد حاجة وبه قال الفراء وثعلب وابن قتيبة لقول الله تعالى: ﴿أَوْ مِسْكِيناً ذَا مَتْرَبَةٍ﴾ [البلد: ١٦] وهو المطروح على التراب لشدة حاجته وأنشدوا:

أما الفقير الذي كانت حلوبته ... وفق العيال فلم يترك له سبد

فأخبر أن الفقير حلوبته وفق عياله.

ولنا: إن الله تعالى بدأ بالفقراء فيدل على أنهم أهم، وقال تعالى: ﴿أَمَّا ٱلسَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَاكِينَ يَعْمَلُونَ فِي ٱلْبَحْرِ﴾ [الكهف: ٧٩] فأخبر أن المساكين لهم سفينة يعملون بها، ولأن النبي ﷺ قال: «اللهم أحيني مسكيناً وأمتني مسكيناً واحشرني في زمرة المساكين» وكان يستعيذ من الفقر ولا يجوز أن يسأل الله تعالى شدة الحاجة ويستعيذ من حالة أصلح منها،

ولأن الفقر مشتق من فقر الظهر فعيل بمعنى مفعول أي مفقور. وهو الذي يرعب فقره ظهره فانقطع صاحبه. قال الشاعر:

لما رأى لبد النسور تطايرت رفع القوادم كالفقير الأعزل

أي لم يطق الطيران كالذي انقطع صلبه والمسكين مفعيل من السكون وهو الذي أسكنته الحاجة ومن كسر صلبه أشد حالاً من الساكن، فأما الآية فهي حجة لنا فإن نعت الله تعالى للمسكين بكونه ذا متربة يدل على أن هذا النعت لا يستحقه بإطلاق اسم المسكنة، كما يقال ثوب ذو علم ويجوز التعبير بالمسكين عن الفقير بقرينة وبغير قرينة والشعر أيضاً حجة لنا فإنه أخبر أن الذي كانت حلوبته وفق العيال لم يترك لهم سبد فصار فقيراً لا شيء له إذا تقرر هذا فالفقير الذي لا يقدر على كسب ما يقع موقعاً من كفايته ولا له من الأجرة أو من المال الدائم ما يقع موقعاً من كفايته ولا له خمسون درهماً ولا قيمتها من الذهب مثل الزمنى والمكافيف وهم العميان سموا بذلك لكف أبصارهم لأن هؤلاء في الغالب لا يقدرون على اكتساب ما يقع موقعاً من كفايتهم، وربما لا يقدرون على شيء أصلاً قال الله تعالى: ﴿لِلْفُقَرَاءِ الَّذِينَ أُحْصِرُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ لَا يَسْتَطِيعُونَ ضَرْباً فِي الْأَرْضِ يَحْسَبُهُمُ الْجَاهِلُ أَغْنِيَاءَ مِنَ التَّعَفُّفِ بِسِيمَاهُمْ لَا يَسْأَلُونَ النَّاسَ إِلْحَافاً﴾ [البقرة: ٢٧٣] ومعنى قولهم يقع موقعاً من كفايتهم: أنه يحصل به معظم الكفاية أو نصف الكفاية مثل من يكفيه عشرة فيحصل له من مكسبه أو غيره خمسة فما زاد، والذي لا يحصل له إلا ما لا يقع موقعاً من كفايته كالذي لا يحصل له إلا ثلاثة أو دونها. فهذا هو الفقير والأول هو المسكين فيعطى كل واحد منهما ما يتم به كفايته وتنسد به حاجته لأن المقصود دفعها وإغناء صاحبها ولا يحصل إلا بذلك والذي يسأل ويحصل الكفاية أو معظمها من مسألته فهو من المساكين لكنه يعطى جميع كفايته ويغنى عن السؤال فإن قيل: فقد قال النبي ﷺ: «ليس المسكين بالطواف الذي ترده اللقمة واللقمتان ولكن المسكين الذي لا يسأل الناس ولا يفطن له فيتصدق عليه» قلنا: هذا تجوز وإنما نفي المسكنة عنه مع وجودها فيه حقيقة مبالغة في إثباتها في الذي لا يسأل الناس كما قال عليه السلام: «ليس الشديد بالصرعة وإنما الشديد الذي يغلب نفسه عند الغضب» وقال: «ما تعدون الرقوب فيكم؟ قالوا الذي لا يعيش له ولد قال: لا ولكن الرقوب الذي لم يقدم من ولده شيئاً»، وقال: «وما تعدون المفلس فيكم؟ قالوا الذي لا درهم له ولا متاع قال: لا، ولكن المفلس الذي يأتي يوم القيامة بحسنات أمثال الجبال ويأتي وقد ظلم هذا ولطم هذا، وأخذ من عرض هذا فيأخذ هذا من حسناته وهذا من حسناته حتى إذا نفدت حسناته أخذ من سيئاتهم فطرحت عليه ثم يصك له صك إلى النار».

فصل: ومن كان ذا مكسب يغني به نفسه وعياله إن كان له عيال أو كان له قدر كفايته في كل يوم من أجر عقار أو غلة مملوك أو سائمة فهو غني لا حق له في الزكاة وبهذا قال ابن

عمر والشافعي وقال أبو حنيفة إن لم يملك نصاباً فله الأخذ منها لقول النبي ﷺ: «أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم» فجعل الغني من تؤخذ منه الصدقة ولا تؤخذ إلا من النصاب ولأن هذا لا يملك نصاباً ولا قيمته فجاز له الأخذ كالذي لا كفاية له.

ولنا: ما روى عبد الله بن عدي بن الخيار «أن رجلين أتيا رسول الله ﷺ وهو يقسم الصدقة فسألاه شيئاً منها، فصعد بصره فيهما وقال لهما: إن شئتما أعطيتكما منها ولا حظ فيها لغني ولا لقوي مكتسب» رواه أبو داود ورواه الإمام أحمد عن يحيى بن سعيد عن هشام بن عروة عن أبيه عن عبيد الله وقال هذا أجودهما إسناداً ما أجوده من حديث ما أعلم روي في هذا أجود من هذا، قيل له فالحديث عن النبي ﷺ: «لا تحل الصدقة لغني ولا لذي مرة سوي»؟ قال: لا أعلم فيه شيئاً يصح. قيل له يرويه سالم بن أبي الجعد عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: سالم لم يسمع من أبي هريرة، والغنى يختلف فمنه غنى يوجب الزكاة وغنى يمنع أخذها وغنى يمنع المسألة، ويخالف ما قاسوا عليه هذا فإنه محتاج إليها، والصدقة أوساخ الناس فلا تباح إلا عند الحاجة إليها. وهذا المختلف فيه لا حاجة به إليها فلا تباح له.

فصل: وإن كان الرجل صحيحاً جلداً وذكر أنه لا كسب له أعطي منها وقبل قوله بغير يمين إذا لم يعلم يقين كذبه ولا يحلفه، لأن النبي ﷺ أعطى الرجلين اللذين سألاه ولم يحلفهما، وفي بعض رواياته أنه قال: «أتينا النبي ﷺ فسألناه من الصدقة فصعد فينا البصر وصوبه، فرآنا جلدين فقال إن شئتما أعطيتكما»، وذكر الحديث.

فصل: وإن ادعى أن له عيالاً فقال القاضي وأبو الخطاب يقلد ويعطي لهم كما يقلد في دعوى حاجته، قال ابن عقيل: عندي لا يقبل قوله إلا ببينة. لأن الأصل عدم العيال ولا تتعذر إقامة البينة عليه. وفارق ما إذا ادعى أنه لا كسب له فإنه يدعي ما يوافق الأصل لأن الأصل عدم الكسب والمال وتتعذر عليه إقامة البينة عليه. ولو ادعى الفقر من عرف بالغنى لم يقبل قوله إلا ببينة تشهد بأن ماله تلف أو نفد. لما روي أن النبي ﷺ قال: «لا تحل المسألة إلا لثلاثة: رجل أصابته فاقة حتى يشهد له ثلاثة من ذوي الحجى من قومه لقد أصابت فلاناً فاقه. فحلت له المسألة حتى يصيب قواماً من عيش، أو سداداً من عيش» وهل يعتبر في البينة على الفقر ثلاثة أو يكتفى باثنين؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يكفي إلا ثلاثة لظاهر الخبر.

والثاني: يقبل قول اثنين لأن قولهما يقبل في الفقر بالنسبة إلى حقوق الآدميين المبنية على الشح والضيق ففي حق الله تعالى أولى والخبر إنما ورد في حل المسألة فيقتصر عليه. وإن

لم يعرف له مال قبله ولم يستحلف لأن النبي ﷺ لم يستحلف الرجلين اللذين رآهما جلدين، فإن رآه متجملاً قبل قوله أيضاً لأنه لا يلزم من ذلك الغنى بدليل قول الله تعالى: ﴿يَحْسَبُهُمُ الْجَاهِلُ أَغْنِيَاءَ مِنَ التَّعَفُّفِ﴾ [البقرة: ٢٧٣] لكن ينبغي أن يخبره أن ما يعطيه من الزكاة لئلا يكون ممن لا تحل له الزكاة. وإن رآه ظاهر المسكنة أعطاه منها ولم يحتج أن يبين له شرط جواز الأخذ ولا أن ما يدفعه إليه زكاة.

قال أحمد رحمه الله وقد سئل عن الرجل يدفع زكاته إلى رجل: هل يقول له هذه زكاة؟ فقال يعطيه ويسكت ولا يقرعه فاكتفى بظاهر حاله عن سؤاله وتعريفه.

فصل: وإذا كان للرجل بضاعة يتجر بها أو ضيعة يستغلها تكفيه غلتها له ولعياله فهو غني لا يعطى من الصدقة شيئاً، وإن لم تكفه جاز له الأخذ منها قدر ما يتم به الكفاية وإن كثرت قيمة ذلك وقد تقدم ذكر ذلك في الزكاة.

مسألة: قال: (والعاملين على الزكاة وهم الجباة لها والحافظون لها).

يعني العاملين على الزكاة وهم الصنف الثالث من أصناف الزكاة وهم السعاة الذين يبعثهم الإمام لأخذها من أربابها وجمعها وحفظها ونقلها ومن يعينهم ممن يسوقها ويرعاها ويحملها وكذلك الحاسب والكاتب والكيال والوزان والعداد وكل من يحتاج إليه فيها فإنه يعطي أجرته منها لأن ذلك من مؤنتها فهو كعلفها وقد «كان النبي ﷺ يبعث على الصدقة سعاة ويعطيهم عمالتهم» فبعث عمر ومعاذاً وأبا موسى ورجلاً من بني مخزوم وابن اللتبية وغيرهم وطلب منه ابنا عمه الفضل بن العباس وعبد المطلب بن ربيعة بن الحارث أن يبعثهما فقالا: «يا رسول الله ﷺ لو بعثتنا على هذه الصدقة فنصيب ما يصيب الناس ونؤدي إليك ما يؤدي الناس؟ فأبى أن يبعثهما وقال: إن هذه الصدقة أوساخ الناس» وهذه قصص اشتهرت فصارت كالمتواتر وليس فيه اختلاف مع ما ورد من نشر الكتاب فيه فأغنى عن التطويل.

فصل: ومن شرط العامل أن يكون بالغاً عاقلاً أميناً. لأن ذلك ضرب من الولاية والولاية تشترط فيها هذه الخصال، ولأن الصبي والمجنون لا قبض لهما والخائن يذهب بمال الزكاة ويضيعه على أربابه ويشترط إسلامه واختار هذا القاضي. وذكر أبو الخطاب وغيره: أنه لا يشترط إسلامه لأنه إجارة على عمل، فجاز أن يتولاه الكافر كجباية الخراج. وقيل عن أحمد في ذلك روايتان.

ولنا: إنه يشترط له الأمانة فاشترط له الإسلام كالشهادة، ولأنه ولاية على المسلمين فلم يجز أن يتولاها الكافر كسائر الولايات. ولأن من ليس من أهل الزكاة لا يجوز أن يتولى العمالة كالحربي، ولأن الكافر ليس بأمين، ولهذا قال عمر: «لا تأتمنوهم وقد خونهم الله

تعالى» وقد أنكر عمر على أبي موسى توليته الكتابة نصرانياً، فالزكاة التي هي ركن الإسلام أولى. ويشترط كونه من غير ذوي القربى إلا أن يدفع إليه أجرته من غير الزكاة وقال أصحابنا: يجوز له الأخذ منها لأنها أجرة على عمل تجوز للغني، فجازت لذوي القربى كأجرة النقال والحافظ وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي.

ولنا: حديث الفضل بن العباس وعبد المطلب بن ربيعة بن الحارث حين سألا النبي ﷺ أن يبعثهما على الصدقة فأبى أن يبعثهما وقال: «إنما هذه الصدقة أوساخ الناس وإنها لا تحل لمحمد ولا لآل محمد» وحديث أبي رافع أيضاً وهذا ظاهر في تحريم أخذهم العمالة فلا تجوز مخالفته، ويفارق النقال والحمال والراعي فإنه يأخذه أجرة لحمله لا لعمالته، ولا يشترط كونه حراً. لأن العبد يحصل منه المقصود كالحر فجاز أن يكون عاملاً كالحر، ولا كونه فقيهاً إذا كتب له ما يأخذه وُحدَّ له كما كتب النبي ﷺ لعماله فرائض الصدقة وكما كتب أبو بكر لعماله أو بعث معه من يعرفه ذلك، ولا كونه فقيراً، لأن الله تعالى جعل العامل صنفاً غير الفقراء والمساكين فلا يشترط وجود معناهما فيه كما لا يشترط معناه فيهما. وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تحل الصدقة لغني إلا لخمسة: لغاز في سبيل الله أو لعامل عليها أو لرجل ابتاعها بماله أو لرجل كان له جار مسكين فتصدق على المسكين فأهدى المسكين إلى الغني» رواه أبو داود. وذكر أصحاب الشافعي أنه تشترط الحرية لأن العمالة ولاية فنافاها الرق كالقضاء، ويشترط الفقه ليعلم قدر الواجب وصفته.

ولنا: ما ذكرناه ولا نسلم منافاة الرق للولايات الدينية، فإنه يجوز أن يكون إماماً في الصلاة ومفتياً وراوياً للحديث وشاهداً، وهذه هي الولايات الدينية. وأما الفقه فإنما يحتاج إليه لمعرفة ما يأخذه ويتركه ويحصل ذلك بالكتاب له كما فعل النبي ﷺ وصاحباه رضي الله عنهما.

فصل: والإمام مخير بين أن يستأجر العامل إجارة صحيحة بأجر معلوم، إما على مدة معلومة، وإما على عمل معلوم وبين أن يجعل له جعلاً معلوماً على عمله فإذا عمله استحق المشروط، وإن شاء بعثه من غير تسمية ثم أعطاه. فإن عمر رضي الله عنه: «قال بعثني النبي ﷺ على الصدقة فلما رجعت عملني فقلت: أعطه من هو أحوج مني ـ وذكر الحديث» فإن تلفت الصدقة في يده قبل وصولها إلى أربابها من غير تفريط فلا ضمان عليه ويستحق أجرة من بيت المال وإن لم تتلف أعطي أجر عمله منها، وإن كان أكثر من ثمنها أو أقل ثم قسم الباقي على أربابه. لأن ذلك من مؤنتها فجرى مجرى علفها ومداواتها، وإن رأى الإمام أعطاه أجرة من بيت المال أو يجعل له رزقاً في بيت المال ولا يعطيه منها شيئاً فعل، وإن تولى الإمام أو الوالي من قبله أخذ الصدقة وقسمتها لم يستحق منها شيئاً لأنه يأخذ رزقه من بيت المال.

فصل: ويجوز للإمام أن يولي الساعي جبايتها دون تفرقتها، ويجوز أن يوليه جبايتها وتفريقها «فإن النبي ﷺ ولى ابن اللتبية فقدم بصدقته على النبي ﷺ فقال: هذا لكم وهذا أهدي إلي» وقال لقبيصة: «أقم يا قبيصة حتى تأتينا الصدقة فنأمر لك بها» وأمر معاذاً أن يأخذ الصدقة من أغنيائهم فيردها في فقرائهم. ويروى «أن زياداً ولى عمران بن حصين الصدقة فلما جاء قيل له: أين المال؟ قال: أوللمال بعثتني؟ أخذناها كما كنا نأخذها على عهد رسول الله ﷺ، ووضعناها حيث كنا نضعها على عهد رسول الله ﷺ». رواه أبو داود، وعن أبي جحيفة قال: «أتانا مصدق النبي ﷺ وأخذ الصدقة من أغنيائنا فوضعها في فقرائنا وكنت غلاماً يتيماً فأعطاني منها قلوصاً» أخرجه الترمذي.

مسألة: قال: (وللمؤلفة قلوبهم، وهم المشركون المتألفون على الإسلام).

هذا الصنف الرابع من أصناف الزكاة والمستحقون لها، وقال أبو حنيفة: انقطع سهمهم، وهو أحد أقوال الشافعي، لما روي أن مشركاً جاء يلتمس من عمر مالاً فلم يعطه وقال: ﴿مَنْ شَاءَ فَلْيُؤْمِنْ وَمَنْ شَاءَ فَلْيَكْفُرْ﴾ [الكهف: ٢٩] ولم ينقل عن عمر ولا عثمان ولا علي أنهم أعطوا شيئاً من ذلك، ولأن الله تعالى أظهر الإسلام وقمع المشركين فلا حاجة بنا إلى التأليف. وحكى حنبل عن أحمد أنه قال: المؤلفة قد انقطع حكمهم اليوم والمذهب على خلاف ما حكاه حنبل ولعل معنى قول أحمد انقطع حكمهم أي لا يحتاج إليهم في الغالب أو أراد أن الأئمة لا يعطونهم اليوم شيئاً، فأما إن احتاج إليهم جاز الدفع إليهم فلا يجوز الدفع إليهم إلا مع الحاجة.

ولنا: على جواز الدفع إليهم: قول الله تعالى: ﴿وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ﴾ [التوبة: ٦٠] وهذه الآية في سورة براءة وهي آخر ما نزل من القرآن على رسول الله ﷺ وقد ثبت «أن رسول الله ﷺ أعطى المؤلفة من المشركين والمسلمين» وأعطى أبو بكر عدي بن حاتم وقد قدم عليه بثلاثمائة جمل من إبل الصدقة: وثلاثين بعيراً ومخالفة كتاب الله وسنة رسوله واطراحها بلا حجة لا يجوز ولا يثبت النسخ بترك عمر وعثمان إعطاء المؤلفة ولعلهم لم يحتاجوا إلى إعطائهم فتركوا ذلك لعدم الحاجة إليه لا لسقوطه.

فصل: والمؤلفة قلوبهم ضربان: كفار ومسلمون، وهم جميعاً للسادة المطاعون في قومهم وعشائرهم. فالكفار ضربان: **أحدهما:** من يرجى إسلامه فيعطى لتقوى نيته في الإسلام وتميل نفسه إليه فيسلم. فإن النبي ﷺ يوم فتح مكة «أعطى صفوان بن أمية الأمان، واستنظره صفوان أربعة أشهر لينظر في أمره، وخرج معه إلى حنين فلما أعطى النبي ﷺ العطايا قال صفوان ما لي؟ فأومأ النبي ﷺ إلى واد فيه إبل محملة فقال: هذا لك. فقال صفوان: إن هذا عطاء من لا يخشى الفقر».

والضرب الثاني: من يخشى شره ويرجى بعطيته كف شره وكف غيره معه، وروي عن ابن عباس أن قوماً كانوا يأتون النبي ﷺ فإن أعطاهم مدحوا الإسلام وقالوا: هذا دين حسن، وإن منعهم ذموا وعابوا، وأما المسلمون فأربعة أضرب قوم من سادات المسلمين لهم نظراء من الكفار ومن المسلمين الذين لهم نية حسنة في الإسلام، فإذا أعطوا رجي إسلام نظرائهم وحسن نياتهم، فيجوز إعطاؤهم لأن أبا بكر أعطى عدي بن حاتم والزبرقان بن بدر مع حسن نياتهما وإسلامهما.

الضرب الثاني: سادات مطاعون في قومهم يرجى بعطيتهم قوة إيمانهم ومناصحتهم في الجهاد فإنهم يعطون. لأن النبي ﷺ «أعطى عيينة بن حصن والأقرع بن حابس وعلقمة بن علاثة والطلقاء من أهل مكة، وقال للأنصار: يا معشر الأنصار علام تأسون؟ على لعاعة من الدنيا تألفت بها قوماً لا إيمان لهم ووكلتكم إلى إيمانكم؟».

وروى البخاري بإسناده عن عمرو بن تغلب «أن رسول الله ﷺ أعطى ناساً وترك ناساً فبلغه عن الذين ترك أنهم عتبوا فصعد المنبر فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: إني أعطي ناساً وأدع ناساً والذي أدع أحب إلي من الذي أعطي، أعطي ناساً لما في قلوبهم من الجزع والهلع، وأكل ناساً إلى ما في قلوبهم من الغنى والخير، منهم عمرو بن تغلب» وعن أنس قال: «حين أفاء الله على رسوله أموال هوازن طفق رسول الله ﷺ يعطي رجالاً من قريش مائة من الإبل. فقال ناس من الأنصار: يغفر الله لرسول الله ﷺ يعطي قريشاً ويمنعنا وسيوفنا تقطر من دمائهم فقال رسول الله ﷺ: إني أعطي رجالاً حدثاء عهد بكفر أتألفهم» متفق عليه.

الضرب الثالث: قوم في طرف بلاد الإسلام إذا أعطوا دفعوا عمن يليهم من المسلمين.

الضرب الرابع: قوم إذا أعطوا أجبوا الزكاة ممن لا يعطيها إلا أن يخاف وكل هؤلاء يجوز الدفع إليهم من الزكاة لأنهم من المؤلفة قلوبهم فيدخلون في عموم الآية.

مسألة: قال: (وفي الرقاب وهم المكاتبون).

لا نعلم بين أهل العلم خلافاً في ثبوت سهم الرقاب ولا يختلف المذهب في أن المكاتبين من الرقاب يجوز صرف الزكاة إليهم، وهو قول الجمهور وخالفهم مالك فقال: إنما يصرف سهم الرقاب في إعتاق العبيد، ولا يعجبني أن يعان منها مكاتب. وخالف أيضاً ظاهر الآية لأن المكاتب من الرقاب لأنه عبد واللفظ عام فيدخل في عمومه إذا ثبت هذا فإنه يدفع إلى المكاتب جميع ما يحتاج إليه لوفاء كتابته فإن لم يكن معه شيء جاز أن يدفع إليه جميعها. وإن

كان معه شيء له يتم ما يتخلص به لأن حاجته لا تندفع إلا بذلك. ولا يدفع إلى من معه وفاء كتابته شيء لأنه مستغن عنه في وفاء الكتابة. قيل ولا يدفع إليه بحكم الفقر شيء لأنه عبد ويجوز أن يدفع إليه في كتابته قبل حلول النجم لئلا يحل النجم ولا شيء معه فتنفسخ الكتابة، ولا يدفع إلى مكاتب كافر شيء لأنه ليس من مصارف الزكاة ولا يقبل قول المكاتب: إنه مكاتب إلا ببينة لأن الأصل عدمها فإن صدقه السيد ففيه وجهان:

أحدهما: يقبل لأن الحق في العبد لسيده فإذا أقر بانتقال حقه عنه قبل.

والثاني: لا يقبل لأنه متهم في أنه يواطئه ليأخذ به المال.

فصل: ويجوز للسيد دفع زكاته إلى مكاتبه لأنه صار معه في باب المعاملة كالأجنبي حتى يجري بينهما الربا فصار كالغريم يدفع زكاته إلى غريمه ويجوز للمكاتب ردها إلى سيده بحكم الوفاء لأنها رجعت إليه بحكم الإيفاء أشبه إيفاء الغريم دينه بها قال ابن عقيل ويجوز دفع الزكاة إلى سيد المكاتب وفاء عن الكتابة وهو الأولى لأنه أعجل لعتقه وأوصل إلى المقصود الذي كان الدفع من أجله فإنه إذا أخذه المكاتب قد يدفعه وقد لا يدفعه.

ونقل حنبل أنه قال: قال سفيان: لا تعطِ مكاتباً لك من الزكاة قال وسمعت أبا عبد الله يقول: وأنا أرى مثل ذلك.

وقال الأثرم سمعت أبا عبد الله يسأل: أيعطى المكاتب من الزكاة؟ قال: المكاتب بمنزلة العبد فكيف يعطى؟ ومعناه والله أعلم لا يعطي مكاتبه من الزكاة لأنه عبده وماله يرجع إليه إن عجز يرجع إليه وإن عتق فله ولاؤه ولا تقبل شهادته لمكاتبه ولا شهادة مكاتبه له.

مسألة: قال: (وقد روي عن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى أنه يعتق منها).

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في جواز الإعتاق من الزكاة فروي عنه جواز ذلك، وهو قول ابن عباس والحسن والزهري ومالك وإسحاق وأبي عبيد والعنبري وأبي ثور لعموم قوله تعالى: ﴿وَفِي الرِّقَابِ﴾. وهو متناول للقن بل هو ظاهر فيه. فإن الرقبة إذا أطلقت انصرفت إليه كقوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾. وتقدير الآية: وفي إعتاق الرقاب، ولأنه إعتاق للرقبة فجاز صرف الزكاة فيه، كدفعه في الكتابة والرواية الأخرى لا يجوز، وهو قول إبراهيم والشافعي لأن الآية تقتضي صرف الزكاة إلى الرقاب كقوله: ﴿فِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾. يريد الدفع إلى المجاهدين كذلك ها هنا والعبد القن لا يدفع إليه شيء قال أحمد في رواية أبي طالب: قد كنت أقول يعتق من زكاته. ولكن أهابه اليوم ولأنه يجر الولاء، وفي موضع آخر قيل له فما يعجبك من ذلك؟ قال: يعين من ثمنها فهو أسلم.

وقد روي نحو هذا عن النخعي وسعيد بن جبير فإنهما قالا: لا يعتق من الزكاة رقبة كاملة، ولكن يعطي منها في رقبة ويعين مكاتباً، وبه قال أبو حنيفة وصاحباه، لأنه إذا أعتق من زكاته انتفع بولاء من أعتقه فكأنه صرف الزكاة إلى نفسه.

وأخذ ابن عقيل من هذه الرواية أن أحمد رجع عن القول بالإعتاق من الزكاة وهذا والله أعلم من أحمد إنما كان على سبيل الورع فلا يقتضي رجوعاً لأن العلة التي تملك بها جر الولاء ومذهبه أن ما رجع من الولاء رد في مثله فلا ينتفع إذاً بإعتاقه من الزكاة.

فصل: ولا يجوز أن يشتري من زكاته من يعتق عليه بالرحم وهو كل ذي رحم محرم فإن فعل عتق عليه ولم تسقط عنه الزكاة.

وقال الحسن: لا بأس أن يعتق أباه من الزكاة لأن دفع الزكاة لم يحصل إلى أبيه وإنما دفع الثمن إلى بائعه.

ولنا: إن نفع زكاته عاد إلى أبيه فلم يجز كما لو دفعها إليه ولأن عتقه حصل بنفس الشراء مجازاة وصلة للرحم فلم يجز أن يحتسب له به عن الزكاة كنفقة أقاربه ولو أعتق عبده المملوك له عن زكاته لم يجز لأن أداء الزكاة عن كل مال من جنسه والعبد ليس من جنس ما تجب الزكاة فيه ولو أعتق عبداً من عبيده للتجارة لم يجز لأن الواجب في قيمتهم لا في عينهم.

فصل: ويجوز أن يشتري من زكاته أسيراً مسلماً من أيدي المشركين لأنه فك رقبة من الأسر فهو كفك رقبة العبد من الرق ولأن فيه إعزازاً للدين فهو كصرفه إلى المؤلفة قلوبهم ولأنه يدفعه إلى الأسير لفك رقبته فأشبه ما يدفعه إلى الغارم لفك رقبته من الدين.

مسألة: قال: (فما رجع من الولاء رد في مثله).

يعني يعتق به أيضاً، وبهذا قال الحسن وإسحاق وقال أبو عبيد الولاء للمعتق لقول النبي ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق» وقال مالك ولاؤه لسائر المسلمين لأنه مال لا مستحق له أشبه مال من لا وارث له. وقال العنبري: يجعله في بيت المال للصدقات لأن عتقه من الصدقة فولاؤه يرجع إليها، ولأن عتقه بمال هو لله والمعتق نائب عن الله تعالى في الشراء والإعتاق فلم يكن الولاء له كما لو توكل في الإعتاق وكالساعي إذا اشترى من الزكاة رقبة وأعتقها، ولأن الولاء أثر الرق وفائدة من المعتق، فلم يجز أن يرجع إلى المزكي لإفضائه إلى أن ينتفع بزكاته وقد روي عن أحمد ما يدل على أن الولاء له. وقد سبق ذلك في باب الولاء.

فصل: ولا يعقل عنه اختاره الخلال وعن أحمد رواية أخرى: أنه يعقل عنه اختارها أبو بكر لأنه معتق فيعقل عنه كالذي أعتقه من ماله وإنما لم يأخذ ميراثه بالولاء لئلا ينتفع بزكاته والعقل عنه ليس بانتفاع فيبقى على الأصل.

ولنا: إنه لا ولاء عليه فلم يعقل عنه كما لو كان وكيلاً في العتق ولأنه لا يرثه فلم يعقل عنه كما لو اختلف دينهما وما ذكره يبطل بالوكيل والساعي إذا أعتق من الزكاة.

مسألة: قال: (والغارمين).

وهم المدينون العاجزون عن وفاء ديونهم هذا الصنف السادس من أصناف مصارف الزكاة. ولا خلاف في استحقاقهم وثبوت سهمهم وأن المدينين العاجزين عن وفاء ديونهم منهم لكن إن غرم في معصية مثل أن يشتري خمراً أو يصرفه في زنا أو قمار أو غناء ونحوه لم يدفع إليه قبل التوبة شيء لأنه أعانه على المعصية وإن تاب فقال القاضي: يدفع إليه واختاره ابن عقيل لأن إبقاء الدين الذي في الذمة ليس من المعصية بل يجب تفريعها والإعانة على الواجب قربة لا معصية فأشبه من أتلف ماله في المعاصي حتى افتقر فإنه يدفع إليه من سهم الفقراء، وفيه وجه آخر لا يدفع إليه لأنه استدانة للمعصية فلم يدفع إليه كما لو لم يتب ولأنه لا يؤمن أن يعود إلى الاستدانة للمعاصي ثقة منه بأن دينه يقضى بخلاف من أتلف ماله في المعاصي فإنه يعطى لفقره لا لمعصيته.

فصل: ولا يدفع إلى غارم كافر لأنه ليس من أهل الزكاة ولذلك لا يدفع إلى فقيرهم ولا مكاتبهم وإن كان من ذوي القربى فقال أصحابنا: يجوز الدفع إليه لأن علة منعه من الأخذ منها لفقره صيانة عن أكلها لكونها أوساخ الناس وإذا أخذها لغرمه حرفها إلى الغرماء فلا يناله دناءة وسخها، ويحتمل أن لا يجوز لعموم النصوص في منعهم من أخذها وكونها لا تحل لهم. ولأن دناءة أخذها تحصل سواء أكلها أو لم يأكلها ولا يدفع منها إلى غارم له بما يقضي به غرمه لأن الدفع إليه لحاجته وهو مستغن عنها.

فصل: ومن الغارمين صنف يعطون مع الغنى وهو غرم لإصلاح ذات البين وهو أن يقع بين الحيين وأهل القريتين عداوة وضغائن يتلف فيها نفس أو مال ويتوقف صلحهم على من ويتحمل ذلك فيسعى إنسان في الإصلاح بينهم ويتحمل الدماء التي بينهم والأموال فيسمى ذلك حمالة بفتح الحاء وكانت العرب تعرف ذلك وكان الرجل منهم ويحتمل الحمالة ثم يخرج في القبائل فيسأل حتى يؤديها فورد الشرع بإباحة المسألة فيها وجعل له نصيباً من الصدقة فروى قبيصة بن المخارق قال: تحملت حمالة فأتيت النبي ﷺ وسألته فيها فقال: «أقم يا قبيصة حتى تأتينا الصدقة فنأمر لك بها. ثم قال: يا قبيصة إن المسألة لا تحل إلا لثلاثة: رجل تحمل حمالة فيسأل فيها حتى يؤديها ثم يمسك، ورجل أصابته جائحة فاجتاحت ماله فحلت له المسألة حتى يصيب سداداً من عيش أو قواماً من عيش ورجل أصابته فاقة حتى يشهد له ثلاثة من ذوي الحجى من قومه لقد أصابت فلاناً فاقة فحملت له المسألة حتى يصيب سداداً من عيش أو قواماً من عيش وما سوى ذلك فهو سحت يأكلها صاحبها سحتاً يوم القيامة» أخرجه مسلم، وروى أبو سعيد الخدري أن النبي ﷺ قال: «لا

تحل الصدقة لغني إلا لخمسة» ذكر منها الغارم ولأنه إنما يقبل ضمانه وتحمله إذا كان ملياً وبه حاجة إلى ذلك مع الغنى، وإن أدى ذلك من ماله لم يكن له أن يأخذ لأنه قد سقط الغرم، وإن استدان وأداها جاز له الأخذ، لأن الغرم باق والمطالبة قائمة والفرق بين هذا الغرم والغرم لمصلحة نفسه أن هذا الغرم يأخذ لحاجتنا إليه لإطفاء الثائرة وإخماد الفتنة فجاز له الأخذ مع الغنى كالغازي والمؤلف والعامل والغارم لمصلحة نفسه يأخذ لحاجة نفسه فاعتبرت حاجته وعجزه كالفقير والمسكين والمكاتب وابن السبيل وإذا كان الرجل غنياً وعليه دين لمصلحة لا يطيق قضاءه جاز أن يدفع إليه ما يتم به قضاءه مع ما زاد عن حد الغنى، فإذا قلنا: الغنى يحصل بخمسين درهماً وله مائة وعليه مائة جاز أن يدفع له خمسون ليتم قضاء المائة من غير أن ينقص غناه قال أحمد: لا يعطى من عنده خمسون درهماً أو حسابها من الذهب إلا مديناً فيعطى دينه وإن كان يمكنه قضاء الدين من غير نقص من الغناء لم يعط شيئاً.

فصل: وإذا أراد الرجل دفع زكاته إلى الغارم فله أن يسلمها إليه ليدفعها إلى غريمه وإن أحب أن يدفعها إلى غريمه قضاء عن دينه فعن أحمد فيه روايتان:

إحداهما: يجوز ذلك نقل أبو الحارث قال قلت لأحمد رجل عليه ألف وكان على رجل زكاة ماله ألف فأداها عن هذا الذي عليه الدين يجوز هذا من زكاته؟ قال: نعم ما أرى بذلك بأساً وذلك لأنه دفع الزكاة في قضاء دينه فأشبه ما لو دفعها إليه يقضي بها دينه.

والثانية: لا يجوز دفعها إلى الغريم قال أحمد أحب إلي أن يدفعه إليه حتى يقضي هو عن نفسه قيل هو محتاج يخاف أن يدفعه إليه فيأكله ولا يقضي دينه قال: فقل له يوكله حتى يقضيه فظاهر هذا أنه لا يدفع الزكاة إلى الغارم إلا بوكالة الغارم لأن الدين إنما هو على الغارم فلا يصح قضاؤه إلا بتوكيله ويحتمل أن يحمل هذا على الاستحباب ويكون قضاؤه عنه جائزاً وإن كان دافع الزكاة الإمام جاز أن يقضي بها دينه من غير توكيله لأن للإمام ولاية عليه في إبقاء الدين ولهذا يجبره عليه إذا امتنع منه وإذا ادعى الرجل أن عليه ديناً فإن كان يدعيه من جهة إصلاح ذات البين فالأمر فيه ظاهر لا يكاد يخفى فإن خفي ذلك لم يقبل منه إلا ببينة وإن غرم لمصلحة نفسه لم يدفع إليه إلا ببينة أيضاً لأن الأصل عدم الغرم وبراءة الذمة فإن صدقه الغريم فعلى وجهين كالمكاتب إذا صدقه سيده.

مسألة: قال: (وسهم في سبيل الله وهم الغزاة يعطون ما يشترون به الدواب والسلاح وما ينفقون به على العدو وإن كانوا أغنياء).

هذا الصنف السابع من أهل الزكاة ولا خلاف في استحقاقهم وبقاء حكمهم ولا خلاف في أنهم الغزاة في سبيل الله عند الإطلاق هو الغزو قال الله تعالى: ﴿وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ

اللّهِ﴾. وقال: ﴿وَيُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِهِ﴾. وقال: ﴿إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِهِ صَفًّا﴾ [الصف: ٤]. وذكر ذلك في غير موضع من كتابه فإذا تقرر هذا فإنهم يعطون وإن كانوا أغنياء وبهذا قال مالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأبو عبيد وابن المنذر وقال أبو حنيفة وصاحباه لا تدفع إلا إلى فقير وكذلك قالوا في الغارم لإصلاح ذات البين لأن من تجب عليه الزكاة لا تحل له كسائر أصحاب السهمان ولأن النبي ﷺ قال لمعاذ: «أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم» فظاهر هذا أنها كلها ترد في الفقراء والفقير عندهم من لا يملك نصاباً.

ولنا: قول النبي ﷺ: «لا تحل الصدقة لغني إلا لخمسة: لغاز في سبيل الله، أو لغارم» وذكر بقيتهم ولأن الله تعالى جعل الفقراء والمساكين صنفين وعد بعدهما ستة أصناف فلا يلزم وجود صفة الصنفين في بقية الأصناف كما لا يلزم وجود صفة الأصناف فيها، ولأن هذا يأخذ لحاجته إليها دون من يأخذ لحاجتنا إليه فأشبه العامل والمؤلف. فأما أهل سائر السهمان فإنما يعتبر فقرَ من يأخذ لحاجته إليها دون من يأخذ لحاجتنا إليه، فإذا تقرر هذا فمن قال إنه يريد الغزو قبل قوله لأنه لا يمكن إقامة البينة على بينته ويدفع إليه قدر كفايته لمؤنته وشراء السلاح والفرس وإن كان فارساً وحمولته ودرعه وأثاثه وسائر ما يحتاج إليه لغزوه وإن كثر ذلك ويدفع إليه دفعاً مراعى فإن لم يغز رده لأنه أخذه كذلك وإن غزا وعاد فقد ملك ما أخذه لأننا دفعنا إليه قدر الكفاية وإنما ضيق على نفسه وإن مضى إلى الغزو فرجع من الطريق أو لم يتم الغزو الذي دفع إليه من أجله رد ما فضل معه لأن الذي أخذ لأجله لم يفعله كله.

فصل: وإنما يستحق هذا السهم الغزاة الذين لا حق لهم في الديوان وإنما يتطوعون بالغزو إذا نشطوا. قال أحمد: ويعطى ثمن الفرس ولا يتولى مخرج الزكاة شراء الفرس بنفسه لأن الواجب إيتاء الزكاة فإذا اشتراها بنفسه فما أعطى إلا فرساً وكذلك الحكم في شراء السلاح والمؤنة، وقال في موضع آخر: إن دفع ثمن الفرس وثمن السيف فهو أعجب إلي، وإن اشتراه هو رجوت أن يجزئه، وقال أيضاً: يشتري الرجل من زكاته الفرس ويحمل عليه والقناة ويجهز الرجل وذلك لأنه قد صرف الزكاة في سبيل الله فجاز كما لو دفعها إلى الغازي فاشترى بها قال ولا يشتري من الزكاة فرساً يصير حبيساً في سبيل الله ولا داراً ولا ضيعة يصيرها في سبيل الله للرباط ولا يقفها على المجاهدين لأنه لم يؤت الزكاة لأحد وهو مأمور بإتيانها قال ولا يغزو الرجل على الفرس الذي أخرجه من زكاة ماله لأنه لا يجوز أن يجعل نفسه مصرفاً لزكاته كما لا يجوز أن يقضي بها دينه، ومتى أخذ الفرس التي اشتريت بماله صار مصرفاً لزكاته.

مسألة: قال: (ويعطى أيضاً في الحج وهو من سبيل الله).

يروى هذا عن ابن عباس وعن ابن عمر في سبيل الله وهو قول إسحاق لما روي أن رجلاً جعل ناقة في سبيل الله فأرادت امرأته الحج فقال لها النبي ﷺ: «اركبيها فإن الحج في سبيل الله» وعن أحمد رحمه الله رواية أخرى لا يصرف منها في الحج وبه قال مالك والليث وأبو حنيفة والثوري والشافعي وأبو ثور وابن المنذر وهذا أصح لأن سبيل الله عند الإطلاق إنما ينصرف إلى الجهاد فإن كل ما في القرآن من ذكر سبيل الله إنما أريد به الجهاد إلا اليسير فيجب أن يحمل ما في هذه الآية على ذلك، لأن الظاهر إرادته به ولأن الزكاة إنما تصرف إلى أحد رجلين محتاج إليها كالفقراء والمساكين وفي الرقاب والغارمين لقضاء ديونهم أو من يحتاج إليه المسلمون كالعامل والغازي والمؤلف والغارم لإصلاح ذات البين والحج من الفقير لا نفع للمسلمين فيه ولا حاجة بهم إليه ولا حاجة به أيضاً إليه، لأن الفقير لا فرض عليه فيسقطه ولا مصلحة له في إيجابه عليه وتكليفه مشقة قد رفهه الله منها وخفف عنه إيجابها وتوفير هذا القدر على ذوي الحاجة من سائر الأصناف أو دفعه في مصالح المسلمين أولى، وأما الخبر فلا يمنع أن يكون الحج من سبيل الله والمراد بالآية غيره لما ذكرنا. وقال الشافعي: يجوز الدفع إلى من أراد الحج لكونه ابن سبيل ولا يصح لأن ابن السبيل المسافر المنقطع به أو من هو محتاج إلى السفر ولا حاجة بهذا إلى هذا السفر فإن قلنا يدفع في الحج منها فلا يعطى إلا بشرطين:

أحدهما: أن يكون ممن ليس له ما يحج به سواها لقول النبي ﷺ: لا تحل الصدقة لغني ولا الذي مرة سوي. وقال: لا تحل الصدقة لغني إلا لخمسة» ولم يذكر الحاج منهم ولأنه يأخذ لحاجته لا لحاجة المسلمين إليه فاعتبرت فيه الحاجة كمن يأخذ لفقره. والثاني: أن يأخذه لحجة الفرض ذكره أبو الخطاب لأنه يحتاج إلى إسقاط فرضه وإبراء ذمته أما التطوع فله مندوحة عنه، وقال القاضي: ظاهر كلام أحمد جواز ذلك في الفرض والتطوع معاً وهو ظاهر قول الخرقي، لأن الكل من سبيل الله، ولأن الفقير لا فرض عليه فالحجة منه كالتطوع فعلى هذا يجوز أن يدفع إليه ما يحج به حجة كاملة وما يغنيه في حجة ولا يجوز من زكاة نفسه كما لا يجوز أن يغزو بها.

مسألة: قال: (وابن السبيل وهو المنقطع به وله اليسار في بلده فيعطى من الصدقة ما يبلغه).

ابن السبيل: هو الصنف الثامن من أهل الزكاة ولا خلاف في استحقاقه وبقاء سهمه وابن السبيل هو المسافر الذي ليس له ما يرجع به إلى بلده وله اليسار في بلده فيعطى ما يرجع به، وهذا قول قتادة ونحوه قال مالك وأصحاب الرأي، وقال الشافعي: هو المختار ومن يريد إنشاء السفر إلى بلد أيضاً فيدفع إليهما ما يحتاجان إليه لذهابهما وعودهما لأنه يريد السفر لغير معصية فأشبه المجتاز.

ولنا: إن ابن السبيل هو الملازم للطريق الكائن فيها كما يقال: ولد الليل للذي يكثر الخروج فيه والقاطن في بلده ليس في طريق ولا يثبت له حكم الكائن فيها ولهذا لا يثبت له حكم السفر بهمه به دون فعله ولأنه لا يفهم من ابن السبيل إلا الغريب دون من هو في وطنه ومنزله. وإن انتهت به الحاجة منتهاها. فوجب أن يحمل المذكور في الآية على الغريب دون غيره وإنما يعطى وله اليسار في بلده لأنه عاجز عن الوصول إليه والانتفاع به فهو كالمعدوم في حقه، فإن كان ابن السبيل فقيراً في بلده أعطي لفقره وكونه ابن السبيل لوجود الأمرين فيه ويعطى لكونه ابن سبيل قدر ما يوصله إلى بلده، لأن الدفع إليه للحاجة إلى ذلك فتقدر بقدره، وتدفع إليه وإن كان موسراً في بلده إذا كان محتاجاً في الحال لأنه عاجز عن الوصول إلى ماله فصار كالمعدوم، وإن فضل معه شيء بعد رجوعه إلى بلده رده لأنه أخذه للحاجة وقد حصل الغنى بدونه فأشبه ما لو أخذه لغزو فلم يغز وإن كان فقيراً أو اتصل بسفره الفقر أخذ الفضل لفقره لأنه إن فات الاستحقاق بكونه ابن سبيل حصل الاستحقاق بجهة أخرى، وإن كان غارماً أخذ الفضل لغرمه.

فصل: وإن كان ابن السبيل مجتازاً يريد بلداً غير بلده فقال أصحابنا: يجوز أن يدفع إليه ما يكفيه في مضيه إلى مقصده ورجوعه إلى بلده لأن فيه إعانة على السفر المباح وبلوغ الغرض الصحيح لكن يشترط كون السفر مباحاً إما قربة كالحج والجهاد وزيارة الوالدين أو مباحاً كطلب المعاش والتجارات، فأما المعصية فلا يجوز الدفع إليه فيها لأنه إعانة عليها وتسبب إليها فهو كفعلها فإن وسيلة الشيء جارية مجراه، وإن كان السفر للنزهة ففيه وجهان:

أحدهما: يدفع إليه. لأنه غير معصية.

والثاني: لا يدفع إليه لأنه لا حاجة به إلى هذا السفر. ويقوى عندي أنه لا يجوز الدفع للسفر إلى غير بلده لأنه لو جاز ذلك لجاز للمنشىء للسفر من بلده. ولأن هذا السفر إن كان لجهاد فهو يأخذ له من سهم سبيل الله وإن كان حجاً فغيره أهم منه، وإذا لم يجز الدفع في هذين ففي غيرهما أولى وإنما ورد الشرع بالدفع إليه للرجوع إلى بلده لأنه أمر تدعو حاجته إليه ولا غنى به عنه. فلا يجوز إلحاق غيره به لأنه ليس في معناه فلا يجوز قياسه عليه ولا نص فيه فلا يثبت جوازه لعدم النص والقياس.

فصل: وإذا ادعى الرجل أنه ابن سبيل ولم يعرف ذلك لم يقبل إلا ببينة، وإن ادعى الحاجة ولم يكن عرف له مال في مكانه الذي هو به قبل قوله من غير بينة لأن الأصل عدمه معه وإن عرف له مال في مكانه لم تقبل دعواه للفقر إلا ببينة كما لو ادعى إنسان المسكنة.

فصل: وجملة من يأخذ مع الغنى خمسة: العامل، والمؤلف قلبه والغازي، والغارم

لإصلاح ذات البين، وابن السبيل الذي له اليسار في بلده. وخمسة لا يعطون إلا مع الحاجة: الفقير والمسكين والمكاتب والغارم لمصلحة نفسه في مباح وابن السبيل. وأربعة يأخذون أخذاً مستقراً لا يلزمهم رد شيء بحال: الفقير والمسكين والعامل والمؤلف، وأربعة يأخذون أخذاً غير مستقر: المكاتب والغارم والغازي وابن السبيل.

فصل: ومن سافر لمعصية فأراد الرجوع إلى بلده لم يدفع إليه ما لم يتب فإن تاب احتمل جواز الدفع إليه لأن رجوعه ليس بمعصية فأشبه رجوع غيره بل ربما كان رجوعه إلى بلده تركاً للمعصية وإقلاعاً عنها كالعاق يريد الرجوع إلى أبويه والفار من غريمه أو امرأته يريد الرجوع إليهما ويحتمل أن لا يدفع إليه لأن سبب ذلك المعصية فأشبه الغارم في المعصية.

مسألة: قال: (وليس عليه أن يعطي لكل هؤلاء الأصناف وإن كانوا موجودين إنما عليه أن لا يجاوزهم).

وذلك: لأن الآية إنما سبقت لبيان من يجوز الصرف إليه لإيجاب الصرف إلى الجميع بدليل أنه لا يجب تعميم كل صنف بها. وقد ذكر الله تعالى في آية أخرى صرفها إلى صنف واحد فقال سبحانه: ﴿إِنْ تُبْدُوا الصَّدَقَاتِ فَنِعِمَّا هِيَ، وَإِنْ تُخْفُوهَا وَتُؤْتُوهَا الْفُقَرَاءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ﴾ [البقرة: ٢٧١]. وقال النبي ﷺ لمعاذ حين بعثه إلى اليمن: «أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم» متفق عليه فلم يذكر في الآية ولا في الخبر إلا صنفاً واحداً. وقال النبي ﷺ لقبيصة حين تحمل حمالة: «أقم يا قبيصة حتى تأتينا الصدقة فنأمر لك بها» فذكر دفعها إلى صنف وهو من الغارمين وأمر بني زريق بدفع صدقتهم إلى سلمة بن صخر وهو شخص واحد رواه أبو داود، وبعث إليه علي رضي الله عنه بذهيبة في تربتها فقسمها بين المؤلفة قلوبهم وهم صنف واحد، والآثار في هذا كثيرة. تدل على أن النبي ﷺ لم يكن يعتقد في كل صدقة ثابتة دفعها إلى جميع الأصناف ولا تعميمهم بها بل كان يدفعها إلى من تيسر من أهلها وهذا هو اللائق بحكمة الشرع وحسنه إذ غير جائز أن يكلف الله سبحانه من وجبت عليه شاة أو صاع من البر أو نصف مثقال أو خمسة دراهم دفعها إلى ثمانية عشر نفساً أو أحد وعشرين أو أربعة وعشرين نفساً من ثمانية أصناف لكل ثلاثة منهم ثمنها، والغالب تعذر وجودهم في الإقليم العظيم وعجز السلطان عن إيصال مال بيت المال مع كثرته إليهم على هذا الوجه فكيف يكلف الله تعالى كل من وجبت عليه زكاة جمعهم وإعطاءهم وهو سبحانه القائل: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨]. وقال: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥]. وقال: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٨٦]. وأظن من قال بوجوب دفعها على هذا الوجه إنما يقوله بلسانه. ولا يقدر على فعله وما بلغنا أن النبي ﷺ فعل هذا في صدقة من

الصدقات ولا أحداً من خلفائه ولا من صحابته ولا غيرهم. ولو كان هذا هو الواجب في الشريعة المطهرة لما أغفلوه، ولو فعلوه مع مشقته لنقل وما أهمل إذ لا يجوز على أهل التواتر إهمال نقل ما تدعو الحاجة إلى نقله سيما مع كثرة من تجب عليه الزكاة ووجود ذلك في كل زمان وفي كل مصر وبلد. وهذا أمر ظاهر وقد سبقت هذه المسألة والكلام فيها فيما تقدم.

فصل: ويستحب تقديمها على ما أمكن من الأصناف ليخرج من الخلاف وتعميم من أمكن من كل صنف. فإن كان المتولي لتفريقها الساعي استحب إحصاء أهل السهمان من عمله حتى يكون فراغه من قبض الصدقات بعد تناهي أسمائهم وأنسابهم وحاجاتهم وقدر كفاياتهم لتكون تفرقته عقيب جمع الصدقة، ويبدأ بإعطاء العامل لأنه يأخذه على طريق المعاوضة فكان استحقاقه أقوى ولذلك إذا عجزت الصدقة عن أجره تمم له من بيت المال، ولأن ما يأخذه أجراً وقد قال النبي ﷺ: «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه» ثم بالأهم فالأهم وأهمهم أشد حاجة، فإن كانت الصدقة تفي بحاجة جميعهم أعطي كل إنسان منهم قدر ما يدفع به حاجته، فيعطى الفقير ما يغنيه وهو ما تحصل له به الكفاية في عامه ذلك له ولعياله، ويعطى المسكين ما تتم به الكفاية إلا أن يعطيه من الذهب أو الورق ففيه روايتان:

إحداهما: يعطيه ما تتم به الكفاية. **والثانية:** لا يزيد على خمسين درهماً أو قيمتها من الذهب. إلا أن يكون له عيال فيدفع إليه لكل واحد منهم خمسين درهماً ويدفع إلى العامل قدر أجره وإلى الغارم ما يقضي به غرمه وإلى المكاتب ما يوفي به كتابته والغازي يعطى ما يحتاج إليه لمؤنة غزوه، وابن السبيل ما يبلغه إلى بلده وإن نقصت الصدقة عن كفايتهم فرق فيهم على حسب ما يرى، ويستحب أن لا ينقص من كل صنف عن أقل من ثلاثة لأنهم أقل الجمع إلا العامل فإنه يكون واحداً، وإن فضلت الصدقة عن كفايتهم نقل الفاضل إلى أقرب البلاد إليه، وإن كان المتولي لتفريقها ربها فيستحب أن يبدأ بأهلها من أهله ويفرقها في الأهم فالأهم وهو من اشتدت حاجته وقرب منه نسبه ويعطى من أمكنه.

فصل: وإن اجتمع في واحد سببان يجوز الأخذ بكل واحد منهما منفرداً كالفقير الغارم أعطي بهما جميعاً فيعطى ما يقضي غرمه ثم يعطى ما يغنيه لأن الشخص الذي فيه المعنيان كشخصين وجد في كل واحد منهما أحد المعنيين فيستحق بهما كالميراث لابن عم هو زوج أو أخ من أم ولو أوصى لقرابته وللفقراء استحق القريب الفقير سهمين.

مسألة: قال: (ولا يعطى من الصدقة لبني هاشم).

ولا لمواليهم ولا للوالدين وإن علوا ولا للولد وإن سفل. ولا للزوج ولا للزوجة ولا لمن تلزمه مؤنته ولا لكافر ولا لمملوك إلا أن يكونوا من العاملين عليها فيعطون بحق ما عملوا ولا لغني وهو الذي يملك خمسين درهماً أو قيمتها من الذهب. هذه المسائل قد

تكررت وذكرنا شرحها في باب الزكاة بما أغنى عن إعادته هاهنا.

مسألة: قال: (وإذا تولى الرجل إخراج زكاته سقط العاملون).

وذلك: لأن العامل إنما يؤخذ أجر عمالته فإذا أخرج الرجل زكاة نفسه لم يكن ثم عامل عليها ولا من يستحق أجراً، فيسقط سهمه والله أعلم.

فصـــل: في جوائز السلطان

كان الإمام أبو عبد الله رحمه الله يتورع عنها ويمنع بنيه وعمه من أخذها وهجرهم حين قبلوها. وسد الأبواب بينه وبينهم حين أخذوها ولم يكن يأكل من بيوتهم شيئاً. ولا ينتفع بشيء يصنع عندهم وأمرهم بالصدقة بما أخذوه، وإنما فعل ذلك لأن أموالهم تختلط بما يأخذونه من الحرام من الظلم وغيره فيصير شبهة. وقد قال النبي ﷺ: «الحلال بين والحرام بين وبين ذلك أمور مشتبهات لا يعلمها كثير من الناس. فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه، ومن واقع الشبهات أو شك أن يقع في الحرام كالراتع حول الحمى يوشك أن يقع فيه» وقال النبي ﷺ: «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك» واحتج أحمد بأن جماعة من الصحابة تنزهوا عن مال السلطان، منهم: حذيفة وأبو عبيدة ومعاذ وأبو هريرة وابن عمر، ولم ير أبو عبد الله ذلك حراماً. فإنه سئل فقيل له: مال السلطان حرام؟ فقال: لا، وأحب إلي أن يتنزه عنه، وفي رواية قال ليس أحد من المسلمين إلا وله في هذه الدراهم حق. فكيف أقول إنها سحت؟ وقد كان الحسن والحسين وعبد الله بن جعفر وكثير من الصحابة يقبلون جوائز معاوية.

وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال: لا بأس بجوائز السلطان ما يعطيكم من الحلال أكثر مما يعطيكم من الحرام، وقال: لا تسأل السلطان شيئاً فإن أعطاك فخذ فإن ما في بيت المال من الحلال أكثر مما فيه من الحرام.

وروى عمر بن شيبة البحتري في كتاب القضاء أن الحسن وابن سيرين والشعبي دخلوا على عمر بن هبيرة فأمر لكل واحد منهم بألف درهم وأمر للحسن بألفي درهم فقبض الحسن جائزته وأبى ابن سيرين أن يقبض. فقال لابن سيرين ما لك لا تقبض؟ قال: حتى يعم الناس. فقال الحسن: والله لو عرض لك ولي لص. فأخذ ردائي ورداءك ثم بدا له أن يرد علي ردائي كنت أقول لا أقبل ردائي حتى ترد على ابن سيرين رداءه؟ كنت أحب أن تكون أفقه مما أنت يا ابن سيرين ولأن جوائز السلطان لها وجه في الإباحة والتحليل فإن له جهات كثيرة من الفيء والصدقة وغيرهما.

فصل: قال أحمد جوائز السلطان أحب إلي من الصدقة يعني أن الصدقة أوساخ الناس

صين عنها النبي ﷺ وآله لدناءتها ولم يصانوا عن جوائز السلطان. وسئل أحمد عمن عامل السلطان فربح ألفاً وآخر أجازه السلطان بألف أيهما أحب إليك؟ قال: الجائزة وذلك لأن الذي يربح عليه ألفاً لا يربحها في الغالب إلا بنوع من التدليس والغبن الفاحش والجائزة عطاء من الإمام برضاه لا تدليس فيها ولا غبن. وقال أحمد: إذا كان بينك وبين السلطان رجل يعني فهو أحب إلي من أخذه منه وذلك لأن الوسائط كلما كثرت قربت إلى الحل لأنها مع البعد تتبدل وتحصل فيها أسباب مبيحة والله أعلم.

كتاب النكاح

النكاح في الشرع هو عقد التزويج فعند إطلاق لفظه ينصرف إليه ما لم يصرفه عنه دليل، وقال القاضي: الأشبه بأصلنا أنه حقيقة في العقد والوطء جميعاً لقولنا بتحريم موطوءة الأب من غير تزويج لدخوله في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٢٢]. وقيل بل هو حقيقة في الوطء مجاز في العقد تقول العرب: أنكحنا الفرى فسترى أي اضربنا فحل حمر الوحش أمه فسترى ما يتولد منهما يضرب مثلاً للأمر يجتمعون عليه ثم يتفرقون عنه. وقال الشاعر:

ومن أيم قد أنكحتنا رماحنا وأخرى على خال وعم تلهف

والصحيح ما قلنا: لأن الأشهر استعمال لفظة النكاح بإزاء العقد في الكتاب والسنة ولسان أهل العرف، وقد قيل ليس في الكتاب لفظ نكاح بمعنى الوطء إلا قوله: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠]. ولأنه يصح نفيه عن الوطء فيقال هذا سفاح وليس بنكاح ويروى عن النبي ﷺ أنه قال: «ولدت من نكاح لا من سفاح» ويقال عن السرية ليست بزوجة ولا منكوحة، ولأن النكاح أحد اللفظين اللذين ينعقد بهما عقد النكاح فكان حقيقة فيه كاللفظ الآخر وما ذكره القاضي يفضي إلى كون اللفظ مشتركاً وهو على خلاف الأصل وما ذكره الآخرون يدل على الاستعمال في الجملة والاستعمال فيما قلنا أكثر وأشهر، ثم لو قدر كونه مجازاً في العقد لكان اسماً عرفياً يجب صرف اللفظ عند الإطلاق إليه لشهرته كسائر الأسماء العرفية.

فصل: والأصل في مشروعية النكاح الكتاب والسنة والإجماع. أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ [النساء: ٣]. وقوله: ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾ [النور: ٢٣]. وأما السنة فقول النبي ﷺ: «يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فليصم فإن الصوم له وجاء» متفق عليه في آي وأخبار سوى ذلك

كثيرة. وأجمع المسلمون على أن النكاح مشروع، واختلف أصحابنا في وجوبه فالمشهور في المذهب أنه ليس بواجب، إلا أن يخاف أحد على نفسه الوقوع في محظور بتركه فيلزمه إعفاف نفسه، وهذا قول عامة الفقهاء، وقال أبو بكر عبد العزيز هو واجب وحكاه عن أحمد وحكي عن داود أنه يجب في العمر مرة واحدة للآية والخبر.

ولنا: إن الله تعالى حين أمر به علقه على الاستطابة بقوله: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ ٱلنِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣]. والواجب لا يقف على الاستطابة وقال: ﴿مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ [النساء: ٣]. ولا يجب ذلك بالاتفاق فيدل على أن المراد بالأمر الندب وكذلك الخبر يحمل على الندب أو على من يخشى على نفسه الوقوع في المحظور بترك النكاح قال القاضي: وعلى هذا يحمل كلام أحمد وأبي بكر في إيجاب النكاح.

فصل: والناس في النكاح على ثلاثة أضرب: منهم: من يخاف على نفسه الوقوع في المحظور إن ترك النكاح فهذا يجب عليه النكاح في قول عامة الفقهاء لأنه يلزمه إعفاف نفسه وصونها عن الحرام وطريقه النكاح. **الثاني**: من يستحب له وهو من له شهوة يأمن معها الوقوع في المحظور فهذا الاشتغال به أولى من التخلي لنوافل العبادة وهو قول أصحاب الرأي وهو ظاهر قول الصحابة رضي الله عنهم وفعلهم. قال ابن مسعود: لو لم يبق من أجلي إلا عشرة أيام وأعلم أني أموت في آخرها يوماً ولي طول النكاح فيهن لتزوجت مخافة الفتنة.

وقال ابن عباس لسعيد بن جبير: تزوج فإن خير هذه الأمة أكثرها نساء. وقال إبراهيم بن ميسرة: قال لي طاوس لتنكحن أو لأقولن لك ما قال عمر لأبي الزوائد: ما يمنعك من النكاح إلا عجز أو فجور، قال أحمد في رواية المروذي: ليست العزبة من أمر الإسلام في شيء وقال من دعاك إلى غير التزويج فقد دعاك إلى غير الإسلام ولو تزوج بشر كان قد أتم أمره.

وقال الشافعي التخلي لعبادة الله تعالى أفضل لأن الله تعالى مدح يحيى عليه السلام بقوله: ﴿وَسَيِّداً حَصُوراً﴾ [آل عمران: ٣٩]. والحصور الذي لا يأتي النساء فلو كان النكاح أفضل لما مدح بتركه. وقال تعالى: ﴿زُيِّنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنِينَ﴾ [آل عمران: ١٤]. وهذا في معرض الذم. ولأنه عقد معاوضة فكان الاشتغال بالعبادة أفضل منه كالبيع.

ولنا: ما تقدم من أمر الله تعالى به ورسوله وحثهما عليه. وقال ﷺ: «ولكني أصوم وأفطر وأصلي وأرقد وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني» وقال سعد: «لقد رد النبي ﷺ على عثمان بن مظعون التبتل ولو أحله له لاختصينا» متفق عليهما. وعن أنس

قال: «وكان النبي ﷺ يأمرنا بالباءة وينهى عن التبتل نهياً شديداً ويقول: تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة» رواه سعيد. وهذا حث على النكاح شديد ووعيد على تركه يقربه إلى الوجوب والتخلي منه إلى التحريم، ولو كان التخلي أفضل لانعكس الأمر، ولأن النبي ﷺ تزوج وبالغ في العدد وفعل ذلك أصحابه ولا يشتغل النبي ﷺ وأصحابه إلا بالأفضل ولا تجتمع الصحابة على ترك الأفضل والاشتغال بالأدنى. ومن العجب أن من يفضل التخلي لم يفعله فكيف اجتمعوا على النكاح في فعله وخالفوه في فضله فما كان فيهم من يتبع الأفضل عنده ويعمل بالأدنى، ولأن مصالح النكاح أكثر فإنه يشتمل على تحصين الدين وإحرازه وتحصين المرأة وحفظها والقيام بها وإيجاد النسل وتكثير الأمة وتحقيق مباهاة النبي ﷺ وغير ذلك من المصالح الراجح أحدها على نفل العبادة بمجموعها أولى.

وقد روينا في أخبار المتقدمين أن قوماً ذكروا لنبي لهم فضل عابد لهم فقال: أما أنه لتارك لشيء من السنة فبلغ العابد فأتى النبي فسأله عن ذلك فقال: إنك تركت التزويج. فقال: يا نبي الله وما هو إلا هذا. فلما رأى النبي ﷺ احتقاره لذلك قال: أرأيت لو ترك الناس كلهم التزويج من كان يقوم بالجهاد وينفي العدو ويقوم بفرائض الله وحدوده؟ وأما ما ذكر عن يحيى فهو شرعه وشرعنا وارد بخلافه فهو أولى. والبيع لا يشتمل على مصالح النكاح ولا يقاربها.

القسم الثالث: من لا شهوة له إما لأنه لم يخلق له شهوة كالعنين أو كانت له شهوة فذهبت بكبر أو مرض ونحوه ففيه وجهان:

أحدهما: يستحب له النكاح لعموم ما ذكرنا.

والثاني: التخلي له أفضل، لأنه لا يحصل مصالح النكاح ويمنع زوجته من التحصين بغيره، ويضر بها بحبسها على نفسه ويعرض نفسه لواجبات وحقوق لعله لا يتمكن من القيام بها ويشتغل عن العلم والعبادة بما لا فائدة فيه. والأخبار تحمل على من له شهوة لما فيها من القرائن الدالة عليها. وظاهر كلام أحمد أنه لا فرق بين القادر على الإنفاق والعاجز عنه وقال: ينبغي للرجل أن يتزوج فإن كان عنده ما ينفق أنفق وإن لم يكن عنده صبر ولو تزوج بشر كان قد تم أمره واحتج بأن النبي ﷺ كان يصبح وما عنده شيء ويمسي وما عنده شيء وأن النبي ﷺ زوج رجلاً لم يقدر إلا على خاتم حديد ولا وجد إلا إزاره ولم يكن له رداء. أخرجه البخاري. قال أحمد في رجل قليل الكسب يضعف قلبه عن العيال: الله يرزقهم، التزويج أحصن له ربما أتى عليه وقت لا يملك قلبه فيه وهذا في حق من يمكنه التزويج فأما من لا يمكنه فقد قال الله تعالى: ﴿وَلْيَسْتَعْفِفْ الَّذِين لاَ يَجِدُونَ نِكاحاً حَتَّى يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾ [النور: ٣٣].

مسألة: قال: (ولا نكاح إلا بولي وشاهدين من المسلمين).

في هذه المسألة أربعة فصول:

الفصل الأول: أن النكاح لا يصح إلا بولي ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها ولا توكيل غير وليها في تزويجها فإن فعلت لم يصح النكاح روي هذا عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وعائشة رضي الله عنهم وإليه ذهب سعيد بن المسيب والحسن وعمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد والثوري وابن أبي ليلى وابن شبرمة وابن المبارك وعبيد الله العنبري والشافعي وإسحاق وأبو عبيد. وروي عن ابن سيرين والقاسم بن محمد والحسن بن صالح وأبي يوسف لا يجوز لها ذلك بغير إذن الولي فإن فعلت كان موقوفاً على إجازته.

وقال أبو حنيفة: لها أن تزوج نفسها وغيرها وتوكل في النكاح لأن الله تعالى قال: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢]. أضاف النكاح إليهن ونهى عن منعهن منه ولأنه خالص حقها وهي من أهل المباشرة فصح منها كبيع أمتها ولأنها إذا ملكت بيع أمتها وهو تصرف في رقبتها وسائر منافعها ففي النكاح الذي هو عقد على بعض منافعها أولى.

ولنا: إن النبي ﷺ قال: «لا نكاح إلا بولي» روته عائشة وأبو موسى وابن عباس، قال المروذي: سألت أحمد ويحيى عن حديث: «لا نكاح إلا بولي» فقالا: صحيح.

وروي عن عائشة عن النبي ﷺ أنه قال: «أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل فإن أصابها فلها المهر بما استحل من فرجها فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له» رواه الإمام أحمد وأبو داود وغيرهما فإن قيل فإن الزهري رواه وقد أنكره، قال ابن خديج: سألت الزهري عنه فلم يعرفه قلنا له لم يقل هذا عن ابن خديج غير ابن علية كذلك قال الإمام أحمد ويحيى ولو ثبت هذا لم يكن حجة لأنه قد نقله ثقات عنه فلو نسيه الزهري لم يضره لأن النسيان لم يعصم منه إنسان. قال النبي ﷺ: «نسي آدم فنسيت ذريته» ولأنها مولى عليها في النكاح فلا تليه كالصغيرة، وأما الآية فإن عضلها الامتناع من تزويجها وهذا يدل على أن نكاحها إلى الولي ويدل عليه أنها نزلت في شأن معقل بن يسار حين امتنع من تزويج أخته فدعاه النبي ﷺ فزوجها وأضافه إليها لأنها محل له. إذا ثبت هذا: فإنه لا يجوز لها تزويج أحد. وعن أحمد لها تزويج أمتها وهذا يدل على صحة عبارتها في النكاح فيخرج منه أن لها تزويج نفسها بإذن وليها وتزويج غيرها بالوكالة وهو مذهب محمد بن الحسن وينبغي أن يكون قولاً لابن سيرين ومن معه لقول النبي ﷺ: «أيما امرأة زوجت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل» فمفهومه صحته بإذنه.

ولأن المرأة إنما منعت الاستقلال بالنكاح لقصور عقلها فلا يؤمن انخداعها ووقوعه منها على وجه المفسدة. وهذا مأمون فيما إذا أذن فيه وليها والصحيح الأول لعموم قوله: «لا نكاح إلا بولي» وهذا يقدم على دليل الخطاب والتخصيص ها هنا خرج مخرج الغالب فإن الغالب أنها لا تزوج نفسها إلا بغير إذن وليها والعلة في منعها صيانتها عن مباشرة ما يشعر بوقاحتها ورعونتها وميلها إلى الرجال وذلك ينافي حال أهل الصيانة والمروءة والله أعلم.

فصل: فإن حكم بصحة هذا العقد حاكم أو كان المتولي لعقده حاكماً لم يجز نقضه وكذلك سائر الأنكحة الفاسدة. وخرج القاضي في هذا وجهاً خاصة أنه ينقض، وهو قول الاصطخري من أصحاب الشافعي لأنه خالف نصاً والأول أولى لأنها مسألة مختلف فيها ويسوغ فيها الاجتهاد فلم يجز نقض الحكم كما لو حكم بالشفعة للجار وهذا النص متأول وفي صحته كلام وقد عارضه ظواهر.

الفصل الثاني: أن النكاح لا ينعقد إلا بشاهدين، هذا المشهور عن أحمد. وروي ذلك عن عمر وعلي وهو قول ابن عباس وسعيد بن المسيب وجابر بن زيد والحسن والنخعي وقتادة والثوري والأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي. وعن أحمد أنه يصح بغير شهود وفعله ابن عمر والحسن بن علي وابن الزبير وسالم وحمزة ابنا ابن عمر، وبه قال عبد الله بن إدريس وعبد الرحمن بن مهدي ويزيد بن هارون والعنبري وأبو ثور وابن المنذر وهو قول الزهري ومالك إذا أعلنوه.

قال ابن المنذر: لا يثبت في الشاهدين في النكاح خبر، وقال ابن عبد البر: قد روي عن النبي ﷺ: «لا نكاح إلا بولي وشاهدين عدلين» من حديث ابن عباس وأبي هريرة وابن عمر إلا أن في نقله ذلك ضعيفاً فلم أذكره.

قال ابن المنذر: وقد أعتق النبي ﷺ صفية ابنة حيي فتزوجها بغير شهود. قال أنس بن مالك رضي الله عنه: «اشترى رسول الله ﷺ جارية بسبعة قروش، فقال الناس: ما ندري أتزوجها رسول الله ﷺ أم جعلها أم ولد؟ فلما أن أراد أن يركب حجبها فعلموا أنه تزوجها» متفق عليه قال: فاستدلوا على تزويجها بالحجاب وقال يزيد بن هارون: أمر الله تعالى بالإشهاد في البيع دون النكاح فاشترط أصحاب الرأي الشهادة للنكاح ولم يشترطوها للبيع. ووجه الأولى أنه قد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل» رواه الخلال بإسناده.

وروى الدارقطني عن عائشة عن النبي ﷺ أنه قال: لا بد في النكاح من أربعة: الولي والزوج والشاهدان ولأنه يتعلق به حق غير المتعاقدين وهو الولد فاشترطت الشهادة فيه لئلا

يجحده أبوه فيضيع نسبه بخلاف البيع فأما نكاح النبي ﷺ بغير ولي وغير شهود فمن خصائصه في النكاح فلا يلحق به غيره.

الفصل الثالث: أنه لا ينعقد إلا بشهادة مسلمين سواء كان الزوجان مسلمين أو الزوج وحده نص عليه أحمد وهو قول الشافعي وقال أبو حنيفة: إذا كانت المرأة ذمية صح بشهادة ذميين. قال أبو الخطاب: ويتخرج لنا مثل ذلك مبنياً على الرواية التي تقول بقبول شهادة بعض أهل الذمة على بعض ولنا قوله عليه السلام: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل» ولأنه نكاح مسلم فلم ينعقد بشهادة ذميين كنكاح المسلمين.

فصل: فأما الفاسقان ففي انعقاد النكاح بشهادتهما روايتان:

إحداهما: لا ينعقد وهو مذهب الشافعي للخبر ولأن النكاح لا يثبت بشهادتهما فلم ينعقد بحضورهما كالمجنونين.

والثانية: ينعقد بشهادتهما وهو قول أبي حنيفة لأنها تحمل فصحت من الفاسق كسائر التحملات وعلى كلتا الروايتين لا يعتبر حقيقة العدالة بل ينعقد بشهادة مستوري الحال لأن النكاح يكون في القرى والبادية وبين عامة الناس ممن لا يعرف حقية العدالة فاعتبار ذلك يشق فاكتفى بظاهر الحال وكون الشاهد مستوراً لم يظهر فسقه فإن تبين بعد العقد أنه كان فاسقاً لم يؤثر ذلك في العقد لأن الشرط العدالة ظاهراً وهو أن لا يكون ظاهر الفسق وقد تحقق ذلك وقيل نتبين أن النكاح كان فاسداً لعدم الشرط وليس بصحيح لأنه لو كانت العدالة في الباطن شرطاً لوجب الكشف عنها لأنه مع الشك فيها يكون مشكوكاً في شرط النكاح فلا ينعقد ولا تحل المرأة مع الشك في صحة نكاحها وإن حدث الفسق فيهما لم يؤثر في صحة النكاح لأن الشرط إنما يعتبر حالة العقد ولو أقر رجل وامرأة أنهما نكحا بولي وشاهدي عدل قبل قولهما وثبت النكاح بإقرارهما.

فصل: ولا ينعقد بشهادة رجل وامرأتين وهذا قول النخعي والأوزاعي والشافعي وعن أحمد أنه قال: إذا تزوج بشهادة نسوة لم يجز وإن كان معهن رجل فهو أهون فيحتمل أن هذا رواية أخرى في انعقاده بذلك وهو قول أصحاب الرأي ويروى عن الشعبي لأنه عقد معاوضة فانعقد بشهادتهن مع الرجال كالبيع.

ولنا: إن الزهري قال: مضت السنة عن رسول الله ﷺ أن لا يجوز شهادة النساء في الحدود ولا في النكاح ولا في الطلاق رواه أبو عبيد في الأموال وهذا ينصرف إلى سنة النبي ﷺ ولأنه عقد ليس بمال ولا المقصود منه المال ويحضره الرجال في غالب الأحوال فلا يثبت بشهادتهن كالحدود وبهذا فارق البيع ويحتمل أن أحمد إنما قال: هو أهون لوقوع الخلاف فيه فلا يكون رواية.

فصل: ولا ينعقد بشهادة صبيين لأنهما ليسا من أهل الشهادة ويحتمل أن ينعقد بشهادة مراهقين عاقلين ولا ينعقد بشهادة مجنونين ولا سائر من لا شهادة له لأن وجوده كالعدم ولا ينعقد بشهادة أصمين لأنهما لا يسمعان ولا أخرسين لعدم إمكان الأداء منهما وفي انعقاده بحضور أهل الصنائع الزرية كالحجام ونحوه وجهان بناء على قبول شهادتهم وفي انعقاده بشهادة عدوين أو ابني الزوجين أو أحدهما وجهان:

أحدهما: ينعقد اختاره أبو عبد الله بن بطة لعموم قوله: «إلا بولي وشاهدي عدل» ولأنه ينعقد بهما نكاح غير هذا الزوج فانعقد بهما نكاحه كسائر العدول.

والثاني: لا ينعقد بشهادتهما لأن العدو لا تقبل شهادته على عدوه والابن لا تقبل شهادته لوالده.

فصل: وينعقد بشهادة عبدين، وقال أبو حنيفة والشافعي لا ينعقد، ومبنى الخلاف على قبول شهادتهما في سائر الحقوق ونذكره في موضعه إن شاء الله تعالى وينعقد بشهادة ضريرين وللشافعية وجهان في ذلك.

ولنا: إنها شهادة على قول فصحت من الأعمى كالشهادة بالاستفاضة وإنما ينعقد بشهادتهما إذا تيقن الصوت وعلم صوت المتعاقدين على وجه لا يشك فيهما كما يعلم ذلك من يراهما وإلا فلا.

فصل: وإذا تزوجت المرأة تزويجاً فاسداً لم يجز تزويجها لغير من تزوجها حتى يطلقها أو يفسخ نكاحها وإذا امتنع من طلاقها فسخ الحاكم نكاحه، نص عليه أحمد. وقال الشافعي: لا حاجة إلى فسخ ولا طلاق لأنه نكاح غير منعقد أشبه النكاح في العدة.

ولنا: إنه نكاح يسوغ فيه الاجتهاد فاحتيج في التفريق فيه إلى إيقاع فرقة كالصحيح المختلف فيه. ولأن تزويجها من غير تفريق يفضي إلى تسليط زوجين عليها، كل واحد منهما يعتقد أن نكاحه الصحيح ونكاح الآخر الفاسد ويفارق النكاح الباطل من هذين الوجهين وإذا زوجت بآخر قبل التفريق لم يصح الثاني أيضاً ولم يجز تزويجها الثالث حتى يطلق الأولان أو يفسخ نكاحهما، ومتى فرق بينهما قبل الدخول فلا مهر لها لأنه عقد فاسد لم يتصل به قبض فلم يجب به عوض كالبيع الفاسد وإن كان التفريق بعد الدخول فلها المهر بدليل قوله عليه السلام: «فلها المهر بما استحل من فرجها» وإن تكرر الوطء فالمهر واحد للحديث ولأنه إصابة في عقد فاسد أشبه الإصابة في عقد صحيح.

فصل: والواجب لها مهر مثلها، أومأ إليه أحمد فإنه قال في العبد: يتزوج بغير إذن سيده يعطي شيئاً. قال القاضي: يعني مهر المثل وهو ظاهر قول الخرقي لقوله: إذا تزوج الوليان فالنكاح للأول منهما فإن دخل بها الثاني فلها مهر مثلها وهذا مذهب الشافعي:

والمنصوص عن أحمد أن لها المسمى لأن في بعض ألفاظ حديث عائشة «ولها الذي أعطاها بما أصاب منها».

قال القاضي: حدثناه أبو بكر البرقاني وأبو محمد الخلال بإسناديهما وقال أبو حنيفة: الواجب الأقل من المسمى أو مهر المثل لأنها إن رضيت بدون مهر مثلها فليس لها أكثر منه كالعقد الصحيح وإن كان المسمى أكثر لم يجب الزائدة لأنه بغير عقد صحيح.

ولنا: قول النبي ﷺ: «فلها المهر بما استحل من فرجها» فجعل لها المهر المميز بالإصابة، والإصابة إنما توجب مهر المثل ولأن العقد ليس بموجب بدليل الخبر وأنه لو طلقها قبل مسها لم يكن لها شيء وإذا لم يكن موجباً كان وجوده كعدمه وبقي الوطء موجباً بمفرده فأوجب مهر المثل كوطء الشبهة ولأن التسمية لو فسدت لوجب مهر المثل فإذا فسد العقد من أصله كان أولى وقول أبي حنيفة إنها رضيت بدون صداقها إنما يصح إذا كان العقد هو الموجب وقد بينا أنه إنما يجب بالإصابة فيجب مهر المثل كاملاً كوطء الشبهة.

فصل: ولا يجب لها بالخلوة شيء في قول أكثر أهل العلم لأن النبي ﷺ جعل لها المهر بما استحل من فرجها يعني أصابها أو لم يصبها، والمنصوص عن أحمد أن المهر يستقر بالخلوة قياساً على العقد الصحيح وبناء على أن الواجب المسمى بالعقد وقد ذكرنا ذلك.

فصل: ولا حد في الوطء في النكاح الفاسد سواء اعتقد حله أو حرمته، وعن أحمد ما يدل على أنه يجب بالوطء في النكاح بلا ولي إذا اعتقد حرمته وهو اختيار السمرقندي من أصحاب الشافعي لما روى الدارقطني بإسناده عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها إن الزانية هي التي تزوج نفسها» وبإسناده عن الشعبي قال: ما كان أحد من أصحاب النبي ﷺ أشد في النكاح بغير ولي من علي رضي الله عنه كان يضرب فيه. وروى الشاليحي بإسناده عن عكرمة بن خالد أن الطريق جمعت ركباً فيه امرأة ثيب فخطبها رجل فأنكحها رجل وهو غير ولي بصداق وشهود فلما قدموا على عمر رضي الله عنه رفع إليه أمرهما ففرق بينهما وجلد الناكح والمنكح.

ولنا: إن هذا مختلف في إباحته فلم يجب به الحد كالنكاح بغير شهود ولأن الحد يدرأ بالشبهات والاختلاف فيه أقوى الشبهات وتسميتها زانية يجوز بدليل أنه سماها بذلك بمجرد العقد وعمر جلدهما أدباً وتعزيراً ولذلك جلد المنكح ولم يجلد المرأة وجلدهما بمجرد العقد مع اعتقادهما حله وكذلك حديث علي على أن حديث علي حجةٌ على من أوجب الحد فيه فإن علياً أشد الناس فيه وقد انتهى الأمر إلى الجلد فدل على أن سائر الناس والصحابة لم يروا فيه جلداً، فإن قيل فقد أوجبتم الحد على شارب النبيذ مع الاختلاف فيه قلنا هو

مفارق لمسألتنا بدليل أنا نحد من اعتقد حله ولأن يسير النبيذ يدعو إلى كثرة المتفق على تحريمه وهذا المختلف فيه يغني عن الزنا المجمع على تحريمه فافترقا. فإذا ثبت هذا فإن من اعتقد حله ليس عليه إثم ولا أدب لأنه من مسائل الفروع المختلف فيها ومن اعتقد حرمته أثم وأدب وإن أتت بولد منه لحقه نسبه في الحالين.

فصل: فأما الأنكحة الباطلة كنكاح المرأة المزوجة أو المعتدة أو شبهه فإذا علما الحل والتحريم فهما زانيان وعليهما الحد ولا يلحق النسب فيه.

فصل: ويساوي الفاسد الصحيح في اللعان إذا كان بينهما ولد يريد نفيه عنه لكون النسب لاحقاً به فإن لم يكن ولد فلا لعان بينهما لعدم الحاجة إليه وتجب العدة بالخلوة فيه وعدة الوفاة بالموت فيه والإحداد وكل ذلك احتياطاً لها. ويفارق الصحيح في أنه لا يثبت التوارث ولا تحصل به الإباحة للمتزوج ولا تحل للزوج المطلق ثلاثاً بالوطء فيه ولا يحصل الإحصان بالوطء فيه ولا يثبت حكم الإيلاء باليمين فيه ولا يحرم الطلاق فيه في زمن الحيض.

مسألة: قال: (وأحق الناس بنكاح المرأة الحرة أبوها).

إنما قيد المرأة بالحرة ها هنا لأن الأمة لا ولاية لأبيها عليها وإنما وليها سيدها بغير خلاف علمناه. وأما المرأة الحرة فأولى الناس بتزويجها أبوها ولا ولاية لأحد معه وبهذا قال الشافعي وهو المشهور عن أبي حنيفة، وقال مالك والعنبري وأبو يوسف وإسحاق وابن المنذر الابن أولى وهو رواية عن أبي حنيفة لأنه أولى منه بالميراث وأقوى تعصيباً ولهذا يرث بولاء أبيه دون جده.

ولنا: إن الولد موهوب لأبيه قال الله تعالى: ﴿وَوَهَبْنَا لَهُ يَحْيَى﴾ [الأنبياء: ٩٠]. وقال زكريا: ﴿رَبِّ هَبْ لِي أحمد مِنْ لَدُنكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً﴾ [آل عمران: ٣٨]. وقال: ﴿فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنكَ وَلِيًّا﴾ [مريم: ٥]. وقال إبراهيم: ﴿الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَهَبَ لِي عَلَى الْكِبَرِ إِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ﴾ [إبراهيم: ٣٩]. وقال ﷺ: «أنت ومالك لأبيك» وإثبات ولاية الموهوب له على الهبة أولى من العكس ولأن الأب أكمل نظراً وأشد نفقة فوجب تقديمه في الولاية كتقديمه على الجد ولأن الأب يلي ولده في صغره وسفهه وجنونه فيليه في سائر ما ثبتت الولاية عليه فيه بخلاف ولاية الابن ولذلك اختص بولاية المال وجاز له أن يشتري لها من ماله وله من مالها إذا كانت صغيرة بخلاف غيره، ولأن الولاية احتكام واحتكام الأصل على فرعه أولى من العكس، وفارق الميراث فإنه لا يعتبر له النظر ولهذا يرث الصبي والمجنون وليس فيه احتكام ولا ولاية على الموروث بخلاف ما نحن فيه.

مسألة: قال: (ثم أبوه وإن علا).

يعني أن الجد أب الأب وإن علت درجته فهو أحق بالولاية من الابن وسائر الأولياء وهو قول الشافعي، وعن أحمد رواية أخرى أن الابن مقدم على الجد وهو قول مالك ومن وافقه لما تقدم.

وعن أحمد رواية ثالثة أن الأخ يقدم على الجد وهو قول مالك لأن الجد يدلي بأبوة الأب والأخ يدلي ببنوة والبنوة مقدمة، وعن أحمد أن الجد والأخ سواء لاستوائهما في الميراث بالتعصب فاستويا في القرابة فوجب أن يستويا في الولاية كالأخوين ولأنهما عصبتان لا يسقط أحدهما بالآخر فاستويا في الولاية كالأخوين.

ولنا: إن الجد له إيلاد وتعصيب فيقدم عليهما كالأب ولأن الابن والأخ يقادان بها ويقطعان بسرقة مالها والجد بخلافه لا يسقط في الميراث إلا بالأب والأخ يسقط به وبالابن وابنه، وإذا ضاق المال وفي المسألة جد وأخ سقط الأخ وحده فوجب تقديمه عليهما كالأب ولتقدمه على العم وسائر العصبات. إذا ثبت هذا فالجد وإن علا أولى من جميع العصبات غير الأب وأولى الأجداد أقربهم وأحقهم في الميراث.

مسألة: قال: (ثم ابنها وابنه وإن سفل).

وجملته: أنه متى عدم الأب وآباؤه فأولى الناس بتزويج المرأة ابنها ثم ابنه بعده وإن نزلت درجته الأقرب فالأقرب منهم وبه قال أصحاب الرأي وقال الشافعي: لا ولاية للابن إلا أن يكون ابن عم أو مولى أو حاكماً فيلي بذلك لا بالبنوة لأنه ليس بمناسب لها فلا يلي نكاحها كخالها ولأن طبعه ينفر من تزويجها فلا ينظر لها.

ولنا: ما روت أم سلمة رضي الله عنها أنها لما انقضت عدتها «أرسل إليها رسول الله ﷺ يخطبها فقالت: يا رسول الله ليس أحد من أوليائي شاهداً قال: ليس من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك فقالت: قم يا عمر فزوج رسول الله ﷺ فزوجه» رواه النسائي قال الأثرم: قلت لأبي عبد الله فحديث عمرو بن أبي سلمة حين تزوج النبي ﷺ أم سلمة أليس كان صغيراً قال: ومن يقول كان صغيراً ليس فيه بيان ولأنه عدل من عصبتها فثبت له ولاية تزويجها كأخيها وقولهم ليس بمناسب لها يبطل بالحاكم والمولى وقولهم: إن طبعه ينفر من تزويجها. قلنا: هذا معارض في الفرع ليس له أصل، ثم يبطل بما إذا كان ابن عم أو مولى أو حاكماً. إذا ثبت هذا فإنه يقدم على الأخ ومن بعده بغير خلاف نعلمه عند من يقول بولايته لأنه أقوى منه تعصيباً وقد استويا في عدم الإيلاد.

مسألة: قال: (ثم أخوها لأبيها وأمها).

لا خلاف بين أهل العلم في تقديم الأخ بعد عمودي النسب لكونه أقرب العصبات بعدهم فإنه ابن الأب وأقواهم تعصيباً وأحقهم بالميراث.

مسألة: قال: (والأخ للأب مثله).

اختلفت الرواية عن أحمد في الأخ للأبوين والأخ للأب إذا اجتمعا فالمشهور عنه أنهما سواء في الولاية وبه قال أبو ثور والشافعي في القديم لأنهما استويا في الإيلاد بالجهة التي تستفاد منها العصوبة وهي جهة الأب فاستويا في الولاية كما لو كانا من أب وإنما يرجح الأخ في الميراث بجهة الأم ولا مدخل لها في الولاية فلم يرجح بها كالعمين أحدهما خال وابني عم أحدهما أخ من أم، والرواية الثانية: الأخ من الأبوين أولى واختارها أبو بكر وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي في الجديد وهو الصحيح إن شاء الله ولأنه أحق يستفاد بالتعصيب فقدم فيه الأخ من الأبوين كالميراث وكاستحقاق الميراث بالولاء فإنه لا مدخل للنساء فيه، وقد قدم الأخ من الأبوين فيه، وبهذا يبطل ما ذكرناه للرواية الأولى، وهكذا الخلاف في بني الإخوة والأعمام وبنيهم، فأما إذا كان ابنا عم لأب أحدهما أخ لأم فهما سواء لأنهما استويا في التعصيب والإرث به وقال القاضي: فيهما من الخلاف مثل ما في ابن عم من أبوين وابن عم من أب لأنه يرجح بجهة أمه وليس كذلك لأن جهة أمه يرث بها منفردة وما ورث به منفرداً لم يرجح به ولذلك لم يرجح به في الميراث بالولاء ولا في غيره. فعلى هذا إذا اجتمع ابن عم من أبوين وابن عم من أب هو أخ من أم فالولاية لابن العم من الأبوين عند من يرى تقديم ولد الأبوين.

مسألة: قال: (ثم أولادهم وإن سفلوا ثم العمومة ثم أولادهم وإن سفلوا ثم عمومة الأب).

وجملته: أن الولاية بعد من ذكرنا تترتب على ترتيب الإرث بالتعصيب فأحقهم بالميراث أحقهم بالولاية فأولاهم بعد الآباء بنو المرأة ثم بنوهم وإن سفلوا ثم بنو أبيها وهم الإخوة ثم بنوهم وإن سفلوا ثم بنو جدها وهم الأعمام ثم بنوهم وإن سفلوا ثم بنو جد الأب وهم أعمام الأب ثم بنوهم وإن سفلوا ثم بنو جد الجد ثم بنوهم وعلى هذا لا يلي بنو أب أعلى مع بني أب أقرب منه وإن نزلت درجتهم، وأولى ولد كل أب أقربهم إليه لأن مبنى الولاية على النظر والشفقة وذلك معتبر بمظنته وهي القرابة فأقربهم أشفقهم. ولا نعلم في هذا خلافاً بين أهل العلم.

فصل: ولا ولاية لغير العصبات من الأقارب كالأخ من الأم والخال وعم الأم والجد أب الأم ونحوهم نص عليه أحمد في مواضع وهو قول الشافعي وإحدى الروايتين عن أبي حنيفة. **والثانية:** إن كل من يرث بفرض أو تعصيب يلي لأنه من أهل ميراثها فوليها كعصباتها.

ولنا: ما روي عن علي أنه قال: «إذا بلغ النساء نص الحقائق فالعصبة أولى إذا

أدركن» رواه أبو عبيد في الغريب. ولأنه ليس من عصباتها فأشبه الأجنبي.

مسألة: قال: (ثم المولى المنعم ثم أقرب عصبته به).

لا خلاف نعلمه في أن المرأة إذا لم يكن لها عصبة من نسبها أن مولاها يزوجها ولا في أن عصبة المناسب أولى منه وذلك لأنه عصبة مولاته يرثها ويعقل عنها عند عدم عصباتها فلذلك يزوجها وقدم عليه المناسبون كما قدموا عليه في الإرث والعقل، فإن عدم المولى أو لم يكن من أهل الولاية كالمرأة والطفل والكافر فعصباته الأقرب منهم فالأقرب على ترتيب الميراث ثم مولى المولى ثم عصباته من بعده كالميراث سواء، فإن اجتمع ابن المعتق وأبوه فالابن أولى لأنه أحق بالميراث وأقوى في التعصيب وإنما قدم الأب المناسب على الابن المناسب لزيادة شفقته وفضيلة ولادته وهذا معدوم في أبي المعتق فرجع به إلى الأصل.

مسألة: قال: (ثم السلطان).

لا نعلم خلافاً بين أهل العلم في أن للسلطان ولاية تزويج المرأة عند عدم أوليائها أو عضلهم، وبه يقول مالك والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي والأصل فيه قول النبي ﷺ: «فالسلطان ولي من لا ولي له» وروى أبو داود بإسناده عن أم حبيبة «أن النجاشي زوجها رسول الله ﷺ وكانت عنده» ولأن للسلطان ولاية عامة بدليل أنه يلي المالي ويحفظ الضوال فكانت له ولاية في النكاح كالأب.

فصل: والسلطان ها هنا هو الإمام أو الحاكم أو من فوضا إليه ذلك، واختلفت الرواية عن أحمد في والي البلد فقال في موضع يزوج والي البلد، وقال في الرستاق يكون فيه الوالي وليس فيه قاض يزوج إذا احتاط لها في المهر والكفء أرجو أن لا يكون به بأس لأنه ذو سلطان فيدخل في عموم الحديث. وقال في موضع آخر في المرأة إذا لم يكن لها ولي فالسلطان المسلط على الشيء القاضي يقضي في الفروج والحدود والرجم وصاحب الشرطة إنما هو مسلط في الأدب والجناية، وقال: ما للوالي ولاية إنما هو القاضي. وتأول القاضي الرواية الأولى على أن الوالي أذن له في التزويج، ويحتمل أنه جعل له ذلك إذا لم يكن في موضع ولايته قاض فكأنه قد فوض إليه النظر فيما يحتاج إليه في ولايته وهذا منها.

فصل: وإذا استولى أهل البغي في بلد جرى حكم سلطانهم وقاضيهم في ذلك مجرى الإمام وقاضيه لأنه أجري مجراه في قبض الصدقات والجزية والخراج والأحكام فكذلك في هذا.

فصل: واختلفت الرواية في المرأة تسلم على يد رجل فقال في موضع لا يكون ولياً لها لا يزوج، يأتي السلطان لأنه ليس من عصباتها ولا يعقل عنها ولا يرثها فأشبه الأجنبي،

وقال في رواية أخرى في امرأة أسلمت على يد رجل يزوجها وهو قول إسحاق، وروي عن ابن مسعود أنه لا يفعل ذلك حتى يأتي السلطان، وعن الحسن أنه كان لا يرى بأساً أن يزوجها نفسه، ولما روى داود بإسناده عن تميم الداري أنه قال: «يا رسول الله ما السنة في الرجل يسلم على يد الرجل من المسلمين؟ قال: هو أولى الناس بمحياه ومماته» إلا أن هذا الحديث ضعفه أحمد، وقال: رواية عبد العزيز، يعني ابن عمر بن عبد العزيز وليس هو من أهل الحفظ والإتقان.

فصل: فإن لم يوجد للمرأة ولي ولا ذو سلطان فعن أحمد ما يدل على أنه يزوجها رجل عدل بإذنها فإنه قال في دهقان قرية يزوج من ولي لها إذا احتاط لها في الكفء والمهر إذا لم يكن في الرستاق قاض، قال ابن عقيل: أخذ قوم من أصحابنا من هذه الرواية: أن النكاح لا يقف على ولي قال: وقال القاضي منصوص أحمد يمنع من ذلك، والصحيح أن هذا القول مختص بحال عدم الولي والسلطان، لأنه شرط أن لا يكون في الرستاق قاض، ووجه ذلك أن اشتراط الولي ها هنا يمنع النكاح بالكلية فلم يجز كاشتراط المناسب في حق من لا مناسب لها وروي أنه لا يجوز النكاح إلا بولي لعموم الأخبار فيه.

مسألة: قال: (ووكيل كل واحد من هؤلاء يقوم مقامه وإن كان حاضراً).

وجملة ذلك: أنه يجوز التوكيل في النكاح سواء كان الولي حاضراً أو غائباً، مجبراً أو غير مجبر، لأنه روي عن النبي ﷺ: «أنه وكل أبا رافع في تزويجه ميمونة ووكل عمرو بن أمية في تزويجه أم حبيبة» ولأنه عقد معاوضة فجاز التوكيل فيه كالبيع، ولأصحاب الشافعي في توكيل غير الأب والجد وجهان:

أحدهما: لا يجوز لأنه يلي بالإذن فلم يجز التوكيل له كالوكيل.

ولنا: إنه يلي شرعاً فكان له التوكيل كالأب ولا يصح قولهم أنه يلي بالإذن فإن ولايته ثابتة قبل إذنها وإنما إذنها شرط لصحة تصرفه، فأشبه ولاية الحاكم عليها، ولا خلاف في أن للحاكم أن يستنيب في التزويج من غير إذن المرأة ولأن المرأة لا ولاية لها على نفسها فكيف لنائبها من قبلها؟.

فصل: ويجوز التوكيل مطلقاً ومقيداً فالمقيد التوكيل في تزويج رجل بعينه والمطلق التوكيل في تزويج من يرضاه أو من مَنْ يشاء، قال أحمد رحمه الله في رواية عبد الله في الرجل يولي على أخته وابنته يقول: إذا وجدت من ترضاه فزوجها فتزويجه جائز، ومنع بعض الشافعية التوكيل المطلق ولا يصح فإنه روي أن رجلاً من العرب ترك ابنته عند عمر وقال: «إذا وجدت لها كفؤاً فزوجه إياها ولو بشراك نعله، فزوجها عمر من عثمان بن

عفان رضي الله عنه، فهي أم عمرو بن عثمان» واشتهر ذلك ولن ينكر ولأنه إذن في النكاح فجاز مطلقاً كإذن المرأة أو عقد فجاز التوكيل فيه مطلقاً والله أعلم.

فصل: ولا يعتبر في صحة الوكالة إذن المرأة في التوكيل سواء كان الموكل أباً أو غيره، ولا يفتقر إلى حضور شاهدين. وقال بعض الشافعية: لا يجوز لغير المجبر التوكيل إلا بإذن المرأة وخرجه القاضي على الروايتين في توكيل الوكيل من غير إذن الموكل وحكي عن الحسن بن صالح أنه لا يصح إلا بحضرة شاهدين لأنه يراد لحل الوطء فافتقر إلى الشهادة كالنكاح.

ولنا: إنه إذن من الولي في التزويج فلم يفتقر إلى إذن المرأة والا إلى إشهاد كإذن الحاكم. وقد بينا أن الولي ليس بوكيل للمرأة وهذا التوكيل لا يملك به البضع فلم يفتقر إلى إشهاد بخلاف النكاح ويبطل ما ذكره الحسن بن صالح بالتسري.

فصل: ويثبت للوكيل ما يثبت للموكل وإن كان للولي الإجبار ثبت ذلك لوكيله وإن كانت ولايته ولاية مراجعة احتاج إلى إذنها ومراجعتها لأنه نائب فيثبت له مثل ما ثبت لمن ينوب عنه وكذلك الحكم في السلطان والحاكم يأذن لغيره في التزويج فيكون المأذون له قائماً مقامه.

فصل: واختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله هل تستفاد الولاية في النكاح بالوصية؟ فروي أنها تستفاد بها وهو اختيار الخرقي لقوله: أو وصى ناظراً له في التزويج وهو قول الحسن وحماد بن أبي سليمان ومالك وعنه لا يستفاد بالوصية وبه قال الثوري والشعبي والنخعي والحارث العكلي وأبو حنيفة والشافعي وابن المنذر لأنها ولاية تنتقل إلى غيره شرعاً فلم يجز أن يوصي بها كالحضانة ولأنه لا ضرر على الوصي في تضييعها ووضعها عند من لا يكافئها فلم تثبت له الولاية كالأجنبي ولأنها ولاية نكاح فلم تجز الوصية بها كولاية الحاكم. وقال أبو عبد الله بن حامد: إن كان لها عصبة لم تجز الوصية بنكاحها لأنه يسقط حقهم بوصيته وإن لم يكن عصبة جاز لعدم ذلك.

ولنا: إنها ولاية ثابتة للأب فجازت وصيته بها كولاية المال ولأنه يجوز أن يستنيب فيها في حياته فيكون نائبه قائماً مقامه بعد موته فجاز أن يستنيب فيها كولاية المال وما ذكروه يبطل بولاية المال، فعلى هذا لا يصير وصياً في النكاح بالوصية إليه في المال لأنها إحدى الولايتين فلم يملكها بالوصية كالوصية الأخرى قياساً على وصية المال لا تملك بالوصية في النكاح.

فصل: فعلى هذا تجوز الوصية بالنكاح من كل ذي ولاية سواء كان مجبراً كالأب أو غير مجبر كغيره ووصي كل ولي يقوم مقامه، فإن كان الولي له الإجبار فكذلك وصيه وإن كان

يحتاج إلى إذنها فوصيه كذلك لأنه يقوم مقامه فهو كالوكيل. وقال مالك: إن عين الأب الزوج مالك الوصي إجبارها صغيرة كانت أو كبيرة وإن لم يعين الزوج وكانت ابنته كبيرة صحت الوصية واعتبر إذنها وإن كانت صغيرة انتظرنا بلوغها فإذا أذنت جاز أن يزوجها بإذنها.

ولنا: إن من ملك التزويج إذا عين له الزوج ملك مع الإطلاق كالوكيل ومتى زوج وكيل الأب الصغيرة فبلغت فلا خيار لها لأن الوصي قائم مقام الموصي فلم يثبت في تزويجه خيار كالوكيل.

مسألة: قال: (وإذا كان الأقرب من عصبتها طفلاً أو كافراً أو عبداً زوجها الأبعد من عصبتها).

وجملة ذلك: أن الولاية لا تثبت لطفل ولا عبد ولا كافر على مسلمة بحال فعند ذلك يكون وجودهم كالعدم فتثبت الولاية لمن هو أبعد منهم كما لو ماتوا وتعتبر لثبوت الولاية لمن سمينا ستة شروط: العقل والحرية والإسلام والذكورية والبلوغ والعدالة على اختلاف نذكره. فأما العقل فلا خلاف في اعتباره لأن الولاية إنما تثبت نظراً للمولى عليه عند عجزه عن النظر لنفسه ومن لا عقل له لا يمكنه النظر ولا يلي نفسه فغيره أولى، وسواء في هذا من لا عقل له لصغره كطفل. ومن ذهب عقله بجنون أو كبر كالشيخ إذا أفند.

قال القاضي: والشيخ الذي قد ضعف لكبره فلا يعرف موضع الحظ لها لا ولاية له. فأما الإغماء فلا يزيل الولاية لأنه يزول عن قرب فهو كالنوم ولذلك لا تثبت الولاية عليه ويجوز على الأنبياء عليهم السلام، ومن كان يجن في الأحيان لم تزل ولايته لأنه لا يستديم زوال عقله فهو كالإغماء.

الشرط الثاني: الحرية، فلا ولاية لعبد في قول جماعة أهل العلم فإن العبد لا ولاية له على نفسه فعلى غيره أولى، وقال أصحاب الرأي: يجوز أن يزوجها العبد بإذنها بناء على أن المرأة تزوج نفسها. وقد مضى الكلام في هذه المسألة.

الشرط الثالث: الإسلام ولا يثبت لكافر ولاية على مسلمة، وهو قول عامة أهل العلم أيضاً، قال ابن المنذر: أجمع عامة من نحفظ عنه من أهل العلم على هذا قال أحمد: بلغنا أن علياً أجاز نكاح الأخ ورد نكاح الأب وكان نصرانياً.

الشرط الرابع: الذكورية شرط للولاية في قول الجميع لأنه يعتبر فيها الكمال والمرأة ناقصة قاصرة تثبت الولاية عليها لقصورها عن النظر لنفسها فلا تثبت لها ولاية على غيرها أولى.

الشرط الخامس: البلوغ شرط في ظاهر المذهب. قال أحمد: لا يزوج الغلام حتى يحتلم ليس له أمر، وهذا قول أكثر أهل العلم منهم الثوري والشافعي وإسحاق وابن المنذر وأبو ثور، وعن أحمد رواية أخرى: أنه إذا بلغ عشراً زوج وتزوج وطلق وأجيزت وكالته في الطلاق، وهذا يحتمله كلام الخرقي لتخصيصه المسلوب الولاية بكونه طفلاً ووجه ذلك أنه يصح بيعه ووصيته في طلاقه فثبت له الولاية كالبالغ والأول اختيار أبي بكر وهو الصحيح لأن الولاية يصير لها كمال الحال لأنها تتقيد بالتصرف في حق غيره اعتبرت نظراً له. والصبي مولى عليه لقصوره فلا تثبت له الولاية كالمرأة.

الشرط السادس: العدالة، في كونها شرطاً روايتان:

إحداهما: هي شرط. قال أحمد: إذا كان القاضي مثل ابن الحلبي وابن الجعدي استقبل النكاح. فظاهر هذا أنه أفسد النكاح لانتفاء عدالة المولى له. وهذا قول الشافعي وذلك لما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال: «لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل» قال أحمد: أصح شيء في هذا قول ابن عباس وقد روي عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل، وأيما امرأة أنكحها ولي مسخوط عليه فنكاحها باطل» وروي عن أبي بكر البرقاني بإسناده عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل» ولأنها ولاية نظرية فلا يستبدئها الفاسق كولاية المال. والرواية الأخرى: ليست بشرط.

نقل مثنى بن جامع أنه سأل أحمد: إذا تزوج بولي فاسق وشهود عدول؟ فلم ير أنه يفسد من النكاح شيء وهذا ظاهر كلام الخرقي لأنه ذكر الطفل والعبد والكافر ولم يذكر الفاسق وهو قول مالك وأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لأنه يلي نكاح نفسه فتثبت له الولاية على غيره كالعدول ولأن سبب الولاية القرابة وشرطها النظر وهذا قريب ناظر فيلي كالعدل.

فصل: ولا يشترط أن يكون بصيراً لأن شعيباً عليه السلام زوج ابنته وهو أعمى، ولأن المقصود في النكاح يعرف بالسماع والاستفاضة فلا يفتقر إلى النظر ولا يشترط كونه ناطقاً بل يجوز أن يلي الأخرس إذا كان مفهوم الإشارة لأن إشارته تقوم مقام نطقه في سائر العقود والأحكام فكذلك في النكاح.

فصل: ومن لم تثبت له لولاية لم يصح توكيله لأن وكيله نائب عنه وقائم مقامه، وإن وكله الولي في تزويج موليته لم يجز لأنها ولاية وليس هو من أهلها ولأنه لما لم يملك تزويج مناسبته بولاية النسب فلأن لا يملك تزويج مناسبة غيره بالتوكيل أولى، ويحتمل أن يصح توكيل العبد والفاسق والصبي المميز في العقد لأنهم من أهل اللفظ بالعقد وعبارتهم فيه

صحيحة ولذلك صح قبولهم النكاح لأنفسهم وإنما سلبوا الولاية نفسها لأنه يعتبر لها الكمال ولا حاجة إليه في اللفظ به، فأما إن وكله الزوج في قبول النكاح له أو وكله الأب في قبول النكاح لابنه الصغير فقال أصحابنا: لا يصح لأنه أحد طرفي العقد فلم يجز توكيله فيه كالإيجاب ويحتمل جواز توكيل من ذكرنا فيه لأنهم من أهله ويصح قبولهم النكاح لأنفسهم فجاز أن ينوبوا فيه عن غيرهم كالبيع وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي في العدة.

مسألة: قال: (ويزوج أمة المرأة بإذنها من يزوجها).

اختلفت الرواية عن أحمد فيمن يزوج أمة المرأة فروي عنه أنه يلي نكاحها والي سيادتها. قال القاضي: هذا هو الصحيح وهو مذهب الشافعي لأن مقتضى الدليل كون الولاية لها فامتنعت في حقها لقصورها فتثبت لأوليائها كولاية نفسها ولأنهم يلونها لو عتقت ففي حال رقها أولى ثم إن كانت سيدتها رشيدة لم يجز تزويج أمتها إلا بإذنها لأنها مالها ولا يجوز التصرف في مال رشيد بغير إذنه، ويعتبر نطقها بذلك وإن كانت بكراً لأن صماتها إذا اكتفي به في تزويج نفسها لحيائها ولا تستحيي من تزويج أمتها، وإن كانت صغيرة أو مجنونة أو سفيهة ولوليها ولاية على مالها فله تزويج أمتها إن كان الحظ في تزويجها وإلا فلا يملك تزويجها وكذلك الحكم في أمة ابنه الصغير. وقال بعض الشافعية: ليس له تزويجها بحال لأن فيه تغريراً بمال الصغيرة لأنها ربما حملت فتلفت.

ولنا: إن له التصرف بما فيه الحظ والتزويج ها هنا فيه الحظ لأن الكلام فيه فجاز كسائر التصرفات الجائزة، واحتمال الحظ مرجوح لما فيه من تحصيل مهرها وولدها وكفاية مؤنتها وصيانتها عن الزنا الموجب للحد في حقها وبعض قيمتها والمرجوح كالمعدوم، وإن كان وليها في مالها غير ولي في تزويجها فولاية تزويجها للولي في المال دون ولي التزويج لأنه هو المتصرف في المال وهي مال.

الرواية الثانية: أن للمرأة أن تولي أمر أمتها رجلاً يزوجها. نقلها عن أحمد جماعة لأن سبب الولاية الملك وقد تحقق في المرأة وامتنعت المناشزة لنقص الأنوثة فملكت التوكيل كالرجل المريض والغائب ونقل عن أحمد كلام يحتمل رواية ثالثة وهو أن سيدتها تزوجها. فإنه قيل له تزوج أمتها؟ قال: قد قيل ذلك هي مالها وهذا يحتمل أنه ذهب إليه وهو قول أبي حنيفة لأنها مالكة لها وولايتها تامة عليها فملكت تزويجها كالسيد ولأنها تملك بيعها وإجارتها فملكت تزويجها كسيدها ولأن الولاية إنما تثبت على المرأة لتحصيل الكفاية وصيانة لحظ الأولياء في تحصيلها فلا تثبت عليها الولاية في أمتها لعدم اعتبار الكفاية وعدم الحق للأولياء فيها. ويحتمل أن أحمد قال هذا حكاية لمذهب غيره، فإنه قال في سياقها: أحب إلي أن تأمر زوجها لأن النساء لا يعقدن وقد ذكرنا في خبر أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه

قال: «لا تنكح المرأة المرأة» وقالت عائشة رضي الله عنها: «زوجوا فإن النساء لا يزوجن، واعقدوا فإن النساء لا يعقدن» ولأن المرأة لا تملك أن تزوج نفسها فغيرها أولى.

مسألة: قال: (ويزوج مولاتها من يزوج أمتها).

يعني عتيقتها وهذه فيها روايتان:

إحداهما: أن لمولاتها التوكيل في تزويجها رجلاً لأنها عصبتها وترثها بالتعصيب فأشبهت العتق. **والثانية:** ولي سيدتها وليها وهي الأصح لأن هذه ولاية لنكاح حرة والمرأة ليست من أهل ذلك فيكون إلى عصبتها لأنهم الذين يعقلون عنها ويرثونها بالتعصيب عند عدم سيدتها فكانوا أولياءها كما لو تعذر على المعتق تزويج معتقته لموت أو جنون. وقد ذكرنا أنه إذا انقرض العصبة من النسب ولي المولى المعتق ثم عصابته من بعده الأقرب فالأقرب كذا ها هنا إلا أن ظاهر كلام الخرقي ها هنا تقديم أبي حنيفة المعتقة على ابنها لأنه الذي يزوجها وذكرنا ثم خلاف هذا ويعتبر في ولائه شرطان:

أحدهما: عدم العصبة من النسب لأن المناسب أقرب من المعتق وأولى منه. **والثاني:** إذن الزوجة لأنها حرة وليست له ولاية إجبار فإنه أبعد العصبات ولا يفتقر إلى إذن مولاتها لأنها لا ولاية لها ولا ملك. فأشبهت قريب الطفل إذا زوج البعيد.

فصل: وإنما كان للأمة مولى فهو وليها وإن كان لها موليان فالولاية لهما وليس لواحد منهما الاستقلال بالولاية بغير إذن صاحبه لأنه لا يملك إلا نصفها وإن اشتجرا لم يكن للسلطان أن ينوب عنهما لأن تزويجها تصرف في المال بخلاف الحرة فإن نكاحها حق لها ونفعه عائد إليها ونكاح الأمة حق لسيدها ونفعه عائد إليه فلم يثبت للسلطان ولاية عنه فيه فإن أعتقها ولها عصبة مناسب فهو أولى منهما وإن لم يكن لها عصبة فهما ولياها ولا يستقل أحدهما بالتزويج لأن ولايته على نصفها فإن اشتجرا أمام الحاكم أقام الحاكم مقام الممتنع منهما لأنهما صارت حرة وصار نكاحها حقاً لها وإن كان المعتق أو المعتقة واحداً وله عصبات في درجة واحدة كالابنين أو الأخوين فلأحدهما الاستقلال بتزويجها كما يملك تزويج سيدتها.

مسألة: قال: (من أراد أن يتزوج امرأة هو وليها جعل أمرها إلى رجل يزوجها منه بإذنها).

وجملته: أن ولي المرأة التي يحل له نكاحها وهو ابن العم أو المولى أو الحاكم أو السلطان إذا أذنت له أن يتزوجها فله ذلك وهل له أن يتولى طرفي العقد بنفسه؟ فيه روايتان:

إحداهما: له ذلك. وهو قول الحسن وابن سيرين وربيعة ومالك والثوري وأبي حنيفة وإسحاق وأبي ثور وابن المنذر، لما روى البخاري قال: قال عبد الرحمن بن عوف لأم حكيم ابنة فارط: «أتجعلين أمرك إلي؟ قالت: نعم. قال: قد تزوجتك» ولأنه يملك الإيجاب والقبول فجاز أن يتولاهما كما لو زوج أمته عبده الصغير ولأنه عقد وجد فيه الإيجاب من ولي ثابت الولاية والقبول من زوج هو أهل للقبول فصح كما لو وجدا من رجلين. وقد روي عن النبي ﷺ: «أنه أعتق صفية وجعل عتقها صداقها» فإن قيل: قد روي أن النبي ﷺ قال: «كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح: زوج وولي وشاهدان» قلنا: هذا لا نعلم صحته، وإن صح فهو مخصوص بمن زوج أمته عبده الصغير فيخص منه محل النزاع أيضاً، وهل يفتقر إلى ذكر الإيجاب والقبول أم يكتفي بمجرد الإيجاب؟ فيه وجهان:

أحدهما: يحتاج أن يقول: «زوجت نفسي فلانة وقبلت هذا النكاح لأن ما يفتقر إلى الإيجاب يفتقر إلى القبول كسائر العقود. والثاني: يكفيه أن يقول: زوجت نفسي فلانة أو تزوجت فلانة، وهو قول مالك وأبي حنيفة لحديث عبد الرحمن بن عوف ولأن إيجابه يتضمن القبول فأشبه إذا تقدم الاستدعاء. ولهذا قلنا: إذا قال لأمته قد أعتقتك وجعلت عتقك صداقك ينعقد النكاح بمجرد هذا القول.

والرواية الثانية: لا يجوز أن يتولى طرفي العقد ولكن يوكل رجلاً يزوجه إياها بإذنها. قال أحمد رحمه الله في رواية ابن منصور: لا يزوج نفسه حتى يولي رجلاً، على حديث المغيرة بن شعبة وهو ما روى أبو داود بإسناده عن عبد الملك بن عمير «أن المغيرة بن شعبة أمر رجلاً زوجه امرأة المغيرة أولى بها منه» ولأنه عقد ملكه بالإذن فلم يجز أن يتولى طرفيه كالبيع وبهذا فارق ما إذا تزوج أمته عبده الصغير، وعلى هذه الرواية إن وكل من يقبل له العقد وتولى هو الإيجاب جاز.

وقال الشافعي في ابن العم والمولى لا يزوجها إلا الحاكم ولا يجوز أن يتولى طرفيه كالبيع ولا أن يوكل من يزوجه لأن وكيله بمنزلته وهذا عقد ملكه بالإذن فلا يتولى طرفيه كالبيع، ولا يجوز أن يزوجه من هو أبعد منه من الأولياء لأنه لا ولاية لهم مع وجوده.

ولنا: ما ذكرناه من فعل الصحابة ولم يظهر خلافه ولأن وكيله يجوز أن يلي العقد عليها لغيره فصح أن يليه عليها له إذا كانت تحل له كالإمام إذا أراد أن يزوج موليته، ولأن هذه امرأة ولها ولي حاضر غير عاضل فلم يلها الحاكم كما لو أراد أن يزوجها غيره. ومفهوم قوله عليه السلام: «السلطان ولي من لا ولي له» أنه لا ولاية له على هذه.

فصل: وإذا أذنت له في تزويجها ولم تعين الزوج لم يجز أن يزوجها نفسه لأن إطلاق الإذن يقتضي تزويجها غيره ويجوز تزويجها لولده لأنه غيره، فإن زوجها لابنه الكبير قبل

لنفسه، وإن زوجها لابنه الصغير ففيه الروايتان في تولي طرفي العقد. فإن قلنا: لا يتولاه فوكل رجلاً يزوجها لولده وقبل هو النكاح له افتقر إلى إذنها للوكيل على ما قدمنا من أن الوكيل لا يزوجها إلا بإذنها، وإن وكل رجلاً يقبل لولده النكاح وأوجب هو لم يحتج إلى إذنها لأنها قد أذنت له.

فصل: وإذا زوج أمته عبده الصغير جاز له أن يتولى طرفي العقد لأنه مالك ذلك بحكم الملك لا بحكم الإذن في قولهم جميعاً، وإن كان مالكاً لأحد طرفي العقد فوكله مالك الطرف الآخر فيه أو وكله الولي في الإيجاب والزوج في القبول خرج فيه وجهان بناء على الروايتين لأنه ملك ذلك بالإذن وإن زوج بنته الكبيرة[1] عبده الكبير لم يجز ذلك إلا برضاها لأنه لا يكاد يكافئها فيخرج فيه أيضاً وجهان وإن زوجه ابنته الصغيرة لم يجز لأنه لا يجوز له تزويجها ممن لا يكافئها. وعنه يجوز وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى.

مسألة: قال: (ولا يزوج كافر مسلمة بحال ولا مسلم كافرة إلا أن يكون المسلم سلطاناً أو سيد أمة).

أما الكافر فلا ولاية له على مسلمة بحال بإجماع أهل العلم منهم مالك والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي وقال ابن المنذر: أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم، وقال أبو الخطاب في الذمي إذا أسلمت أم ولده هل يلي نكاحها؟ على وجهين:

أحدهما: يليه لأنها مملوكته فيلي نكاحها كالمسلم ولأنه عقد عليها فيليه كإجارتها. **والثاني:** لا يليه لقول الله تعالى: ﴿وَٱلْـمُؤْمِنُونَ وَٱلْـمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [التوبة: ٧١]. ولأنها مسلمة فلا يلي نكاحها كابنته، فعلى هذا يزوجها الحاكم وهذا أولى لما ذكرنا من الإجماع. وأما المسلم فلا ولاية له على الكافرة في غير السيد والسلطان وولي سيد الأمة الكافرة وذلك لقول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٣]. ولأن مختلفي الدين لا يرث أحدهما الآخر ولا يعقل عنه فلم يل عليه كما لو كان أحدهما رقيقاً. وأما سيد الأمة الكافرة فله تزويجها لكافر لكونها لا تحل للمسلمين وكذلك ولي سيد الأمة الكافرة يلي تزويجها لكافر لأنها ولاية بالمال فلم يمنعها كون سيد الأمة الكافرة مسلماً كسائر الولايات، ولأن هذه تحتاج إلى التزويج ولا ولي لها غير سيدها. فأما السلطان فله الولاية على من لا ولي لها من أهل الذمة ولأن ولايته عامة على أهل دار الإسلام وهذه من أهل الدار فتثبت له الولاية عليها كالمسلمة. وأما الكافر فتثبت له الولاية على أهل دينه على حسب ما ذكرناه في المسلمين. ويعتبر فيهم الشروط المعتبرة في المسلمين، ويخرج في اعتبار عدالته في دينه وجهان بناء على الروايتين في اعتبارها في المسلمين.

---

(١) في نسخة الصغيرة.

فصل: إذا تزوج المسلم ذمية فوليها الكافر يزوجها إياه ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة والشافعي رضي الله عنه لأنه وليها فصح تزويجه لها كما لو زوجها كافراً، ولأن هذه امرأة ولها ولي مناسب فلم يجز أن يليها غيره كما لو تزوجها ذمي، وقال القاضي: لا يزوجها إلا الحاكم لأن أحمد قال: لا يعقد يهودي ولا نصراني عقد نكاح لمسلم ولا مسلمة، ووجهه أنه عقد يفتقر إلى شهادة مسلمين فلم يصح بولاية كافر كنكاح المسلمين. والأول أصح، والشهود يرادون لإثبات النكاح عند الحاكم بخلاف الولاية.

مسألة: قال: (وإذا زوجها من غيره أولى منه وهو حاضر ولم يعضلها فالنكاح فاسد).

هذه المسألة تشتمل على أحكام ثلاثة:

أحدها: أنه إذا زوجها الولي الأبعد مع حضور الولي الأقرب فأجابته إلى تزويجها من غير إذنه لم يصح. وبهذا قال الشافعي وقال مالك: يصح لأن هذا ولي له أن يزوجها بإذنها كالأقرب.

ولنا: إن هذا مستحق بالتعصيب فلم يثبت للأبعد مع وجود الأقرب كالميراث وبهذا فارق القريب البعيد.

الحكم الثاني: أن هذا العقد بيع فاسد لا يقف على الإجازة، ولا يصير بالإجازة صحيحاً، وكذلك الحكم إذا زوج الأجنبي أو زوجت المرأة المعتبر إذنها بغير إذنها، أو تزوج العبد بغير إذن سيده، فالنكاح في هذا كله باطل في أصح الروايتين. نص عليه أحمد في مواضع، وهو قول الشافعي وأبي عبيد وأبي ثور، وعن أحمد رواية أخرى: أنه يقف على الإجازة، فإن أجازه جاز، وإن لم يجزه فسد. قال أحمد في صغير زوجه عمه: فإن رضي به في وقت من الأوقات جاز. وإن لم يرض فسخ، وإذا زوجت اليتيمة فلها الخيار إذا بلغت. وقال: إذا زوج العبد بغير إذن سيده ثم علم سيده فإن شاء أن يطلق عليه فالطلاق بيد السيد، فإن أذن في التزويج فالطلاق بيد العبد. وهذا قول أصحاب الرأي في كل مسألة يعتبر فيها الإذن، وروي ذلك في النكاح بغير ولي عن علي بن أبي طالب وعن ابن سيرين والقاسم بن محمد والحسن بن صالح وإسحاق وأبي يوسف ومحمد لما روي «أن جارية بكراً أتت النبي ﷺ فذكرت له أن أباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ» رواه أبو داود وابن ماجة.

وروي أن «فتاة أتت النبي ﷺ فقالت: إن أبي زوجني من ابن أخيه ليرفع بي خسيسته

قال: فجعل الأمر إليها. فقالت: قد أجزت ما صنع أبي ولكني أردت أن أعلم أن للنساء من الأمر شيئاً» رواه ابن ماجة والنسائي، وفي رواية ابن ماجة «أردت أن يعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء» ولأنه عقد يقف على الفسخ فوقف على الإجازة كالوصية.

ولنا: قول النبي ﷺ «أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل» وقال: «إذا نكح العبد بغير إذن سيده فنكاحه باطل» رواه أبو داود وابن ماجة. إلا أن أبا داود قال: إنه موقوف على ابن عمر. ولأنه عقد لا تثبت فيه أحكامه من الطلاق والخلع واللعان والتوارث وغيرها فلم ينعقد كنكاح المعتدة. فأما حديث المرأة التي خيرها النبي ﷺ فهو مرسل عن عكرمة، رواه الناس كذلك ولم يذكروا ابن عباس قاله أبو داود. ثم يحتمل أن هذه المرأة التي قالت: «زوجني من ابن أخيه ليرفع بي خسيسته» فتخييرها لتزويجها من غير كفئها، وهذا يثبت الخيار ولا يبطل النكاح، والوصية يتراخى فيها القبول وتجوز بعد الموت فهو معدول بها عن سائر التصرفات ولا تفريع على هذه الرواية لوضوحها. فأما على الرواية الأخرى فإن الشهادة تعتبر في العقد. لأنها شرط له فيعتبر وجودها معه كالقبول ولا تعتبر في الإجازة لأنها ليست بعقد، ولأنها إذا وجدت استند الملك إلى حالة العقد، حتى لو كان في العقد نماء ملك من حين العقد لا من حين الإجازة. وإن مات أحدهما قبل الإجازة لم يرثه الآخر لأنه مات قبل تمام العقد وصحته. وفيه وجه آخر: إن كان مما لو رفع إلى الحاكم أجازه ورثه الآخر. لأنه عقد يلزمه إجازته فهو كالصحيح، وإن كان مما يفسخه لم يرثه.

فصل: ومتى تزوجت المرأة بغير إذن وليها، أو الأمة بغير إذن سيدها، فقد ذكره أصحابنا من جملة الصور التي فيها الروايتان. والصحيح عندي أنه لا يدخل فيها لتصريح النبي ﷺ فيه بالبطلان. ولأن الإجازة إنما تكون لعقد صدر من أهله في محله. فإن المرأة ليست أهلاً له بدليل أنه لو أذن لها فيه لم يصح منها، وإذا لم يصح مع الإذن المقارن. فلأن لا يصح بالإجازة المتأخرة أولى ولا تفريع على هذا. فأما على القول الآخر فمتى تزوجت المرأة بغير إذن الولي فرفع إلى الحاكم لم يملك إجازته والأمر فيه إلى الولي فمتى رده بطل. لأن من وقف الحكم على إجازته بطل برده كالمرأة إذا تزوجت بغير إذنها وفيه وجه آخر: أنه إذا كان الزوج كفوءاً أمر الحاكم الولي بإجازته فإن لم يفعل أجازه الحاكم. لأنه لما امتنع من الإجازة صار عاضلاً فانتقلت الولاية عنه إلى الحاكم كما في ابتداء العقد، ومتى حصلت الإصابة قبل الإجازة ثم أجيز فالمهر واحد. إما المسمى وإما مهر المثل إن لم يكن مسمى لأن الإجازة مستندة إلى حالة العقد فيثبت الحل والملك من حين العقد كما ذكرنا في البيع، ولذلك لم يجب الحد، ومتى تزوجت الأمة بغير إذن سيدها ثم خرجت من ملكه قبل الإجازة إلى من تحل له انفسخ النكاح لأنه قد طرأت استباحة صحيحة على موقوفة فأبطلتها ولأنها

أقوى فأزالت الأضعف كما لو طرأ ملك يمينه على ملك نكاحه، وإن خرجت إلى من لا تحل له كالمرأة أو اثنين فكذلك أيضاً لأن العقد إذا وقف على إجازة شخص لم يجز بإجازة غيره كما لو باع أمة غيره ثم باعها المالك فأجاز المشتري الثاني بيع الأجنبي.

وفيه وجه آخر: أنه يجوز بإجازة المالك الثاني لأنه يملك ابتداء العقد فملك إجازته كالأول. ولا فرق بين أن يخرج ببيع أو إرث أو هبة أو غيره فأما إن عتقها السيد احتمل أن يجوز النكاح، ولأنه إنما وقف لحق المولى فإذا أعتق سقط حقه فصح العقد، واحتمل أن لا يجوز. لأن إبطال حق المولى ليس بإجازة ولأن حق المولى إن بطل من الملك فلم يبطل من ولاية التزويج فإنه يليها بالولاء.

فصل: وإذا زوجت التي يعتبر إذنها بغير إذنها وقلنا: يقف على إجازتها فإجازتها بالنطق أو ما يدل على الرضى من التمكين من الوطء، أو المطالبة بالمهر والنفقة، ولا فرق في ذلك بين البكر والثيب. لأن أدلة الرضى تقوم مقام النطق به ولذلك قال النبي ﷺ لبريرة: «إن وطئك زوجك فلا خيار لك» جعل تمكينها دليلاً على إسقاط حقها والمطالبة بالمهر والنفقة، والتمكين من الوطء دليل على الرضى، لأن ذلك من خصائص العقد الصحيح فوجوده من المرأة دليل رضاها به.

الحكم الثالث: إذا عضلها الولي الأقرب انتقلت الولاية إلى الأبعد. نص عليه أحمد وعنه رواية أخرى: تنتقل إلى السلطان، وهو اختيار أبي بكر. وذكر ذلك عن عثمان بن عفان رضي الله عنه وشريح، وبه قال الشافعي لقول النبي ﷺ: «فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له» ولأن ذلك حق عليه امتنع من أدائه فقام الحاكم مقامه، كما لو كان عليه دين وامتنع من قضائه.

ولنا: إنه تعذر التزويج من جهة الأقرب فملكه الأبعد كما لو جن. ولأنه يفسق بالعضل فتنتقل الولاية عنه كما لو شرب الخمر فإن عضل الأولياء كلهم زوج الحاكم، والحديث حجة لنا لقوله: «السلطان ولي من لا ولي له». وهذه لها ولي ويمكن حمله على ما إذا عضل الكل لأن قوله: «فإن اشتجروا» ضمير يتناول الكل، والولاية تخالف الدين من وجوه ثلاثة:

أحدها: أنها حق للولي والدين حق عليه.

والثاني: أن الدين لا ينتقل عنه والولاية تنتقل لعارض من جنون الولي وفسقه وموته.

الثالث: أن الدين لا يعتبر في بقائه العدالة «والولاية يعتبر لها ذلك وقد زالت العدالة

بما ذكرنا» فإن قيل: فلو زالت ولايته لما صح منه التزويج إذا أجاب إليه. قلنا: فسقه بامتناعه فإذا أجاب فقد نزع عن المعصية وراجع الحق فزال فسقه فلذلك صح تزويجه والله أعلم.

فصل: ومعنى العضل: منع المرأة من التزويج بكفئها إذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه. قال معقل بن يسار: «زوجت أختاً لي من رجل فطلقها» حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها. فقلت له: زوجتك وأفرشتك وأكرمتك فطلقتها، ثم جئت تخطبها، لا والله لا تعود إليك أبداً، وكان رجلاً لا بأس به، وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه، فأنزل الله تعالى هذه الآية: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ [النساء: ١٩]. فقلت: الآن أفعل يا رسول الله. قال: «فزوجها إياه» رواه البخاري. وسواء طلبت التزويج بمهر مثلها أو دونه، وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد. وقال أبو حنيفة: لهم منعها من التزويج بدون مهر مثلها. لأن عليهم في ذلك عاراً وفيه ضرراً على نسائها لنقص مهر مثلهن.

و لنا: إن المهر خالص حقها وعوض يختص بها فلم يكن لهم الاعتراض عليها فيه كثمن عبدها وأجرة دارها، ولأنها لو أسقطته بعد وجوبه سقط كله فبعضه أولى ولأن النبي ﷺ قال لرجل أراد أن يزوجه «التمس ولو خاتماً من حديد» وقال لامرأة زوجت بنعلين: «أرضيت بنعلين من نفسك؟» قالت: نعم. فأجازه النبي ﷺ وقولهم: فيه عار عليهم ليس كذلك فإن عمر قال: «لو كان مكرمة في الدنيا أو تقوى عند الله كان أولاكم بها رسول الله ﷺ» يعني غلو الصداق. فإن رغبت في كفء بعينه وأراد تزويجها لغيره من أكفائها وامتنع من تزويجها من الذي أرادته كان عاضلاً لها، فأما إن طلبت التزويج بغير كفئها فله منعها من ذلك ولا يكون عاضلاً لها بهذا، لأنها لو زوجت من غير كفئها له فسخ النكاح فلأن تمتنع منه ابتداء أولى.

مسألة: قال: (وإذا كان وليها غائباً في موضع لا يصل إليه الكتاب أو يصل فلا يجيب عنه زوجها من هو أبعد منه من عصبتها، فإن لم يكن فالسلطان).

الكلام في هذه المسألة في فصلين: .

أولهما: أن الأقرب إذا غاب غيبة منقطعة فللأبعد من عصبتها تزويجها دون الحاكم، وبهذا قال أبو حنيفة: وقال الشافعي: يزوجها الحاكم، لأنه تعذر الوصول إلى النكاح من الأقرب مع بقاء ولايته فيقوم الحاكم مقامه كما لو عضلها، ولأن الأبعد محجوب بولاية الأقرب فلا يجوز له التزويج كما لو كان حاضراً. ودليل بقاء ولايته أنه لو زوج من حيث هو أو وكل صح.

ولنا: قوله عليه السلام: «السلطان ولي من لا ولي له» وهذه لها ولي فلا يكون

السلطان وليها، ولأن الأقرب تعذر حصول التزويج منه فتثبت الولاية لمن يليه من العصبات كما لو جن أو مات، ولأنها حالة يجوز فيها التزويج لغير الأقرب، فكان ذلك للأبعد كالأصل وإذا عضلها الأقرب فهو كمسألتنا.

والفصل الثاني: في الغيبة المتقطعة التي يجوز للأبعد التزويج في مثلها. فهو قول الخرقي: هي من لا يصل إليه الكتاب أو يصل فلا يجيب عنه لأن مثل هذا تتعذر مراجعته بالكلية فتكون منقطعة أي ينقطع من إمكان تزويجها، وقال القاضي: يجب أن يكون حد المسافة أن لا تردد القوافل فيه في السنة إلا مرة لأن الكفء ينتظر سنة ولا ينتظر أكثر منها فيلحق الضر بترك تزويجها.

وقد قال أحمد في موضع: إذا كان الأب بعيد السفر يزوج الأخ، قال أبو الخطاب: فيحتمل أنه أراد بالسفر البعيد ما تقصر فيه الصلاة لأن ذلك هو السفر الذي علقت عليه الأحكام، وذهب أبو بكر إلى أن حدها ما لا يقع إلا بكلفة ومشقة. لأن أحمد قال: إذا لم يكن ولي حاضر من عصبتها كتب إليهم حتى يأذنوا إلا أن تكون غيبة متقطعة لا تدرك إلا بكلفة ومشقة فالسلطان ولي من لا ولي له وهذا القول إن شاء الله تعالى أقربها إلى الصواب. فإن التحديدات بابها التوقيف ولا توقيف في هذه المسألة فترد إلى ما يتعارفه الناس بينهم مما لم تجر العادة بالانتظار فيه ويلحق المرأة الضرر بمنعها من التزويج في مثله، فإنه يتعذر في ذلك الوصول إلى المصلحة من نظر الأقرب فيكون كالمعدوم، والتحديد بالعام كبير فإن الضرر يلحق بالانتظار في مثل ذلك ويذهب الخاطب ومن لا يصل الكتاب منه أبعد ومن هو على مسافة القصر لا تلحق المشقة في مكاتبته. والتوسط أولى والله أعلم.

واختلف أصحاب أبي حنيفة في الغيبة المتقطعة فقال بعضهم كقول القاضي وبعضهم قال من الري إلى بغداد، وبعضهم قال من البصرة إلى الرقة. وهذان القولان يشبهان قول أبي بكر واختلف أصحاب الشافعي في الغيبة التي يزوج فيها الحاكم فقال بعضهم: مسافة القصر، وقال بعضهم يزوجها الحاكم، وإن كان الولي قريباً وهو ظاهر نص الشافعي، وظاهر كلام أحمد أنه إذا كانت الغيبة متقطعة أنه ينتظر ويراسل حتى يقدم أو يوكل.

فصل: وإن كان القريب محبوساً أو أسيراً في مسافة قريبة لا تمكن مراجعته فهو كالبعيد فإن البعد لم يعتبر لعينه بل لتعذر الوصول إلى التزويج بنظره وهذا موجود ها هنا ولذلك إن كان غائباً لا يعلم قريب أو بعيد أو يعلم أنه قريب ولم يعلم مكانه فهو كالبعيد.

مسألة: قال: (وإذا زوجت من غير كفء فالنكاح باطل).

اختلفت الرواية عن أحمد في اشتراط الكفاءة لصحة النكاح فروي عنها أنها شرط له. قال: إذا تزوج المولى العربية فرق بينهما. وهذا قول سفيان وقال أحمد في الرجل يشرب

الشراب ما هو بكفء لها يفرق بينهما. وقال: لو كان المتزوج حائكاً فرقت بينهما لقول عمر رضي الله عنه: «لأمنعن فروج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء» رواه الخلال بإسناده.

وعن أبي إسحاق الهمداني قال: «خرج سلمان وجرير في سفر فأقيمت الصلاة فقال جرير لسلمان: تقدم أنت، قال سلمان: بل أنت تقدم فإنكم معشر العرب لا يتقدم عليكم في صلاتكم، ولا تنكح نساؤكم، إن الله فضلكم علينا بمحمد ﷺ وجعله فيكم» ولأن التزويج مع فقد الكفاءة تصرف في حق من يحدث من الأولياء بغير إذنه فلم يصح كما لو زوجها بغير إذنها.

وقد روي أن النبي ﷺ قال: «لا تنكحوا النساء إلا من الأكفاء ولا تزوجوهن إلا الأولياء» رواه الدارقطني إلا أن ابن عبد البر قال: هذا ضعيف لا أصل له ولا يحتج بمثله.

والرواية الثانية عن أحمد: أنها ليست شرطاً في النكاح وهذا قول أكثر أهل العلم، روي نحو هذا عن عمر وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز وعبيد بن عمير وحماد بن أبي سليمان وابن سيرين وابن عون ومالك والشافعي وأصحاب الرأي لقوله تعالى: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾ [الحجرات: ١٣]. وقالت عائشة رضي الله عنه: «إن أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة تبنى سالماً وأنكحه ابنة أخيه هند ابنة الوليد بن عتبة وهو مولى لامرأة من الأنصار» أخرجه البخاري و «أمر النبي ﷺ فاطمة بنت قيس أن تنكح أسامة بن زيد مولاه فنكحها بأمره» متفق عليه وزوج أباه زيد بن حارثة ابنة عمته زينب بنت جحش الأسدية. وقال ابن مسعود لأخته: «أنشدك الله أن تتزوجي إلا مسلماً وإن كان أحمر رومياً أو أسود حبشياً» ولأن الكفاءة لا تخرج عن كونها حقاً للمرأة أو الأولياء أو لهما فلم يشترط وجودها كالسلامة من العيوب.

وقد روي أن أبا هند حجم النبي ﷺ في اليافوخ فقال النبي ﷺ: يا بني بياضة أنكحوا أبا هند وأنكحوا إليه» رواه أبو داود إلا أن أحمد ضعفه وأنكره إنكاراً شديداً والصحيح أنها غير مشترطة وما روي فيها يدل على اعتبارها في الجملة ولا يلزم منه اشتراطها وذلك لأن الزوجة وكل واحد من الأولياء له فيها حق ومن لم يرض منها فله الفسخ ولذلك لما زوج رجل ابنته من ابن أخيه ليرفع بها خسيسته جعل لها النبي ﷺ الخيار فأجازت ما صنع أبوها ولو فقد الشرط لم يكن لها خيار فإذا قلنا باشتراطها فإنما نعتبر وجودها حال العقد فإن عدمت بعده لم يبطل النكاح لأن شروط النكاح إنما تعتبر لدى العقد وإن كانت معدومة حال العقد فالنكاح فاسد حكمه حكم العقود الفاسدة على ما مضى فإن قلنا: ليست شرطاً فرضيت المرأة والأولياء كلهم صح النكاح وإن لم يرض بعضهم فهل يقع العقد باطلاً من أصله أو صحيحاً؟ فيه روايتان عن أحمد وقولان للشافعي:

أحدهما: أنه باطل، لأن الكفاءة حق لجميعهم والعاقل متصرف فيها بغير رضاهم فلم يصح كتصرف الفضولي.

والثانية: هو الصحيح بدليل أن المرأة التي رفعت إلى النبي ﷺ أن أباها زوجها من غير كفئها خيرها ولم يبطل النكاح من أصله ولأن العقد وقع بالإذن والنقص الموجود فيه لا يمنع صحته وإنما يثبت الخيار كالعيب من العنة وغيرها فعلى هذه الرواية لمن لم يرض الفسخ، وبهذا قال الشافعي ومالك وقال أبو حنيفة: إذا رضيت المرأة وبعض الأولياء لم يكن لباقي الأولياء فسخ. لأن هذا الحق لا يتجزأ وقد أسقط بعض الشركاء حقه فسقط جميعه كالقصاص.

ولنا: إن كل واحد من الأولياء يعتبر رضاه فلم يسقط برضى غيره كالمرأة مع الولي فأما القصاص فلا يثبت لكل واحد كاملاً فإذا سقط بعضه تعذر استيفاؤه وها هنا بخلافه ولأنه لو زوجها بدون مهر مثلها ملك الباقون عندهم الاعتراض مع أنه خالص حقها فها هنا مع أنه حق لهم أولى وسواء كانوا متساوين في الدرجة أو متفاوتين فزوج الأقرب مثل أن يزوج الأب بغير كفء فإن للإخوة الفسخ وقال مالك والشافعي: ليس لهم الفسخ إذا زوج الأقرب لأنه لا حق للأبعد معه فرضاؤه لا يعتبر.

ولنا: إنه ولي في حال يلحقه العار بفقد الكفاءة فملك الفسخ كالمتساويين.

مسألة: قال: (والكفء والدين والمنصب).

يعني بالمنصب الحسب وهو النسب، واختلفت الرواية عن أحمد في شروط الكفاءة فعنه هما ما شرطان الدين والمنصب، وعنه أنها خمسة هذان والحرية والصناعة واليسار.

وذكر القاضي في المجرد أن فقد هذه الثلاثة لا يبطل النكاح رواية واحدة وإنما الروايتان في الشرطين الأولين قال: ويتوجه أن المبطل عدم الكفاءة في النسب لا غير لأنه نقص لازم وما عداه غير لازم ولا يتعدى نقصه إلى الولد. وذكر في الجامع الروايتين في جميع الشروط. وذكره أبو الخطاب أيضاً وقال مالك: الكفاءة في الدين لا غير. قال ابن عبد البر: هذا جُملة مذهب مالك وأصحابه وعن الشافعي كقول مالك وقول آخر إنها الخمس التي ذكرناها والسلامة من العيوب الأربعة فتكون ستة وكذلك قول أبي حنيفة والثوري والحسن بن حي إلا في الصنعة والسلامة من العيوب الأربعة ولم يعتبر محمد بن الحسن الدين إلا أن يكون ممن يسكر ويخرج ويسخر معه الصبيان فلا يكون كفوءاً لأن الغالب على الجند الفسق ويعد ذلك نقصاً والدليل على اعتبار الدين قوله تعالى: ﴿أَفَمَنْ كَانَ مُؤْمِناً كَمَنْ كَانَ فَاسِقاً لَا يَسْتَوُونَ﴾ [السجدة: ١٨]. ولأن الفاسق مرذول مردود الشهادة والرواية غير مأمون على النفس والمال مسلوب الولاية ناقص عند الله وعند خلقه قليل الحظ

في الدنيا والآخرة فلا يجوز أن يكون كفوءاً لعفيفة ولا مساوياً لها لكن يكون كفوءاً لمثله. فأما الفاسق من الجند فهو ناقص عند أهل الدين والمروءات.

والدليل على اعتبار النسب في الكفاءة قول عمر لأمنعن فروج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء. قال قلت: وما الأكفاء؟ قال: في الأحساب. رواه أبو بكر عبد العزيز بإسناده. ولأن العرب يعدون الكفاءة في النسب ويأنفون من نكاح الموالي ويرون ذلك نقصاً وعاراً فإذا أطلقت الكفاءة وجب حملها على المتعارف ولأن في فقد ذلك عاراً ونقصاً فوجب أن يعتبر في الكفاءة الدين.

فصل: واختلفت الرواية عن أحمد فروي عنه أن غير قريش من العرب لا يكافئها وغير بني هاشم لا يكافئهم وهذا قول عن بعض أصحاب الشافعي لما روي عن النبي ﷺ: وقريش أنه قال: «إن الله اصطفى كنانة من ولد إسماعيل واصطفى من كنانة قريشاً واصطفى من قريش بني هاشم واصطفاني من بني هاشم» ولأن العرب فضلت على الأمم برسول الله ﷺ وقريش أخص به من سائر العرب وبنو هاشم أخص به من قريش وكذلك قال عثمان وجبير بن مطعم إن إخواننا من بني هاشم لا ننكر فضلهم علينا لمكانك الذي وضعك الله به منهم.

وقال أبو حنيفة: لا تكافىء العجم العرب ولا العرب قريشاً، وقريش كلهم أكفاء لأن ابن عباس قال: قريش بعضهم أكفاء بعض.

والرواية الثانية: عن أحمد أن العرب بعضهم لبعض أكفاء والعجم بعضهم لبعض أكفاء لأن النبي ﷺ زوج ابنتيه عثمان وزوج أبا العاصي بن الربيع زينب وهما من بني عبد شمس وزوج علي عمر ابنته أم كلثوم وتزوج عبد الله بن عمرو بن عثمان فاطمة بنت الحسين بن علي وتزوج المصعب بن الزبير أختها سكينة وتزوجها أيضاً عبد الله بن عثمان بن حكيم بن حزام وتزوج المقداد بن الأسود ضباعة ابنة الزبير بن عبد المطلب ابنة عم رسول الله ﷺ وزوج أبو بكر أخته أم فروة الأشعث بن قيس وهما كنديان وتزوج أسامة بن زيد فاطمة بنت قيس وهي من قريش، ولأن العجم والموالي بعضهم لبعض أكفاء وإن تفاضلوا وشرف بعضهم على بعض وكذلك العرب.

فصل: فأما الحرية فالصحيح أنها من شروط الكفاءة فلا يكون العبد كفوءاً لحرة لأن النبي ﷺ خير بريرة حين عتقت تحت عبد فإذا ثبت الخيار بالحرية الظاهرية فبالحرية المقارنة أولى لأن نقص الرق كبير وضرره بين فإنه مشغول عن امرأته بحقوق سيده ولا ينفق نفقة الموسرين ولا ينفق على ولده وهو كالمعدوم بالنسبة إلى نفسه، ولا يمنع صحة النكاح لأن النبي ﷺ قال لبريرة: «لو راجعته: قالت يا رسول الله أتأمرني؟ قال: إنما أنا شفيع.

قالت: فلا حاجة لي فيه» رواه البخاري، ومراجعتها له ابتداء النكاح فإنه قد انفسخ نكاحها باختيارها ولا يشفع إليها النبي ﷺ في أن تنكح عبداً إلا والنكاح صحيح.

فصل: فأما اليسار ففيه روايتان:

إحداهما: هو شرط في الكفاءة لقول النبي ﷺ: «الحسب المال» وقال: «إن أحساب الناس بينهم في هذه الدنيا هذا المال» وقال لفاطمة بنت قيس حين أخبرته أن معاوية خطبها «أما معاوية فصعلوك لا مال له» ولأن على الموسرة ضرراً في إعسار زوجها لإخلاله بنفقتها ومؤنة أولادها ولهذا ملكت الفسخ بإخلاله بالنفقة فكذلك إذا كان مقارناً ولأن ذلك معدود نقصاً في عرف الناس يجب ويتفاضلون فيه كتفاضلهم في النسب وأبلغ، قال نبيه بن الحجاج السهمي:

سألتاني الطلاق أن رأتاني ... قل مالي قد جئتماني بنكر
ويكأن من له نشب يحبب ... ومن يفتقر يعش عيش ضر

فكان من شروط الكفاءة كالنسب.

والرواية الثانية: ليس بشرط لأن الفقر شرف في الدين وقد قال النبي ﷺ: «اللهم أحيني مسكيناً وأمتني مسكيناً» وليس هو أمراً لازماً فأشبه العافية من المرض، واليسار المعتبر ما يقدر به على الإنفاق عليها حسب ما يجب لها ويمكنه أداء مهرها.

فصل: فأما الصناعة ففيها روايتان أيضاً: **إحداهما**: أنها شرط من كان من أهل الصناعة الدنيئة كالحائك والحجام والحارس والكساح والدباغ والقيم والحامي والزبال فليس بكفء لبنات ذوي المروءات أو أصحاب الصنائع الجليلة كالتجارة والبناية لأن ذلك نقص في عرف الناس فأشبه نقص النسب وقد جاء في الحديث: «العرب بعضهم لبعض أكفاء إلا حائكاً أو حجاماً» قيل لأحمد رحمه الله: وكيف تأخذ به وأنت تضعفه؟ قال: العمل عليه، يعني أنه ورد موافقاً لأهل العرف، وروي أن ذلك ليس بنقص ويروى نحو ذلك عن أبي حنيفة لأن ذلك ليس بنقص في الدين ولا هو ملازم فأشبه الضعف والمرض، قال بعضهم:

ألا إنما التقوى هي العز والكرم ... وحبك للدنيا هو الذل والسقم
وليس على عبد تقي نقيصة ... إذا حقق التقوى وإن حاك أو حجم

وأما السلامة من العيوب فليس من شروط الكفاءة فإنه لا خلاف في أنه لا يبطل النكاح بعدمها ولكنها تثبت الخيار للمرأة دون الأولياء لأن ضرره مختص بها، ولوليها منعها من نكاح المجذوم والأبرص والمجنون وما عدا هذا فليس بمعتبر في الكفاءة.

فصل: من أسلم أو عتق من العبيد فهو كفء لمن له أبوان في الإسلام والحرية. وقال أبو حنيفة: ليس بكفء وليس بصحيح فإن الصحابة رضي الله عنهم أكثرهم أسلموا وكانوا أفضل الأمة فلا يجوز أن يقال إنهم غير أكفاء للتابعين.

فصل: فأما ولد الزنا فيحتمل أن لا يكون كفوءاً لذات نسب فإن أحمد رحمه الله ذكر له أنه ينكح وينكح إليه فكأنه لم يحب ذلك لأن المرأة تعير به هي ووليها ويتعدى ذلك إلى ولدها، وأما كونه ليس بكفء لعربية فلا إشكال فيه لأنه أدنى حالاً من المولى.

فصل: والموالي بعضهم لبعض أكفاء وكذلك العجم، قال أحمد رحمه الله في رجل من بني هاشم له مولاة يزوجها الخراساني وقول النبي ﷺ: «موالي القوم من أنفسهم» هو في الصدقة فأما النكاح فلينكح، وذكر القاضي رواية عن أحمد أن مولى القوم يكافئهم لهذا الخبر ولأن النبي ﷺ زوج زيداً وأسامة عربيتين ولأن موالي بني هاشم ساووهم في حرمان الصدقة فيساووهم في الكفاءة وليس هذا بصحيح فإنه يوجب أن يكون الموالي أكفاء العرب فإن المولى إذا كان كفء سيده كان كفوءاً لمن يكافئه سيده فيبطل اعتبار المنصب، وقد قال أحمد: هذا الحديث في الصدقة لا في النكاح، ولهذا لا يساووهم في استحقاق الخمس ولا في الإمامة ولا في الشرف، وأما زيد وأسامة فقد استدل بنكاحهما عربيتين على أن فقد الكفاءة لا يبطل النكاح واعتذر أحمد عن تزويجهما بأنهما عربيان فإنهما من كلب وإنما طرأ عليهما رق، فعلى هذا يكون حكم كل عربي الأصل.

فصل: فأما أهل البدع فإن أحمد قال في الرجل يزوج الجهمي يفرق بينهما وكذلك إذا زوج الواقفي إذا كان يخاصم ويدعو وإذا زوج أخته من هؤلاء اللقطة وقد كتب الحديث فهذا شر من جهمي يفرق بينهما. وقال: لا يزوج بنته من حروري مرق من الدين ولا من الرافضي ولا من القدري فإذا كان يدعو فلا بأس، وقال من لم يربع بعلي في الخلافة فلا تناكحوه ولا تكلموه، وقال القاضي: والمقلد منهم يصح تزويجه ومن كان داعية منهم فلا يصح تزويجه.

فصل: والكفاءة معتبرة في الرجل دون المرأة فإن النبي ﷺ لا مكافىء له وقد تزوج من أحياء العرب وتزوج صفية بنت حيي وتسرى بالإماء وقال: «من كانت عنده جارية فعلمها وأحسن تعليمها، وأحسن إليها ثم أعتقها وتزوجها فله أجران» متفق عليه ولأن الولد يشرف بشرف أبيه لا بأمه فلم يعتبر ذلك في الأم.

مسألة: قال: (وإذا زوج الرجل ابنته البكر فوصعها في كفاية فالنكاح ثابت وإن كرهت كبيرة كانت أو صغيرة).

أما البكر الصغيرة فلا خلاف فيها، قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن نكاح الأب ابنته البكر الصغيرة جائز إذا زوجها من كفء ويجوز له تزويجها مع كراهيتها وامتناعها وقد دل على جواز تزويج الصغيرة قول الله تعالى: ﴿وَٱللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَٱللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾ [الطلاق: ٤]. فجعل اللائي لم يحضن عدة ثلاثة أشهر ولا تكون العدة ثلاثة أشهر إلا من الطلاق في نكاح أو فسخ فدل ذلك على أنها تزوج وتطلق ولا إذن لها فيعتبر وقالت عائشة رضي الله عنها: «تزوجني النبي ﷺ وأنا ابنة ست وبنى بي وأنا ابنة تسع». متفق عليه ومعلوم أنها لم تكن في تلك الحال ممن يعتبر إذنها. وروى الأثرم أن قدامة بن مظعون تزوج ابنة الزبير حين نفست فقيل له فقال: ابنة الزبير إن مت ورثتني وإن عشت كانت امرأتي وزوج علي ابنته أم كلثوم وهي صغيرة عمر بن الخطاب رضي الله عنهما. وأما البكر البالغة العاقلة فعن أحمد روايتان:

أحدهما: له إجبارها على النكاح وتزويجها بغير إذنها كالصغيرة وهذا مذهب مالك وابن أبي ليلى والشافعي وإسحاق.

والثانية: ليس له ذلك واختارها أبو بكر وهو مذهب الأوزاعي والثوري وأبي عبيد وأبي ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن، فقالوا يا رسول الله فكيف إذنها؟ قال: أن تسكت» متفق عليه.

وروى أبو داود وابن ماجة عن ابن عباس أن جارية بكراً أتت النبي ﷺ فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ ولأنها جائزة التصرف في مالها فلم يجز إجبارها كالثيب والرجل.

ووجه الرواية الأولى: ما روي عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن وإذنها صماتها» رواه مسلم وأبو داود فلما قسم النساء قسمين وأثبت الحق لأحدهما دل على نفيه عن الآخر وهي البكر فيكون وليها أحق منها بها ودل الحديث على الاستئمار ها هنا والاستئذان مستحب في حديثهم ليس بواجب كما روى ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «آمروا النساء في بناتهن» رواه أبو داود، وحديث التي خيرها رسول الله ﷺ مرسل ويحتمل أنها التي زوجها أبوها من ابن أخيه ليرفع بها خسيسته فتخييرها لذلك، ولأن ما لا يشترط في نكاح الصغيرة لا يشترط في نكاح الكبيرة كالنطق، وقول الخرقي فوضعها في كفاءة يدل على أنه إذا زوجها من غير كفء فنكاحها باطل وهو إحدى الروايتين عن أحمد وأحد قولي الشافعي لأنه لا يجوز له تزويجها من غير كفء فلم

يصح كسائر الأنكحة المحرمة ولأنه عقد لموليته عقداً لا حظ لها فيه بغير إذنها فلم يصح كبيعه عقارها من غير غبطة ولا حاجة أو بيعه بدون ثمن مثله، ولأنه نائب عنها شرعاً، فلم يصح تصرفه لها شرعاً بما لاحظ لها فيه كالوكيل.

والثانية: يصح لأنه عيب في المعقود عليه فلم يمنع الصحة كشراء المعيب الذي لا يعلم عيبه ويحتمل أن لا يصح النكاح إذا علم أن الزوج ليس بكفء ويصح إذا لم يعلم ولأنه إذا علم حرم عليه العقد فبطل لتحريمه بخلاف ما لم يعلمه كما لو اشترى لها معيباً يعلم عيبه ويحتمل أن يصح نكاح الكبيرة لأنه يمكن استدراك الضرر بإثبات الخيار لها فتفسخ إن كرهت. وإن لم تفسخ كان كإجازتها وإذنها بخلاف نكاح الصغيرة على القول بصحته. فإن كانت كبيرة فلها الخيار ولا خيار لأبيها إذا كان عالماً لأنه أسقط حقه برضاه وإن كانت صغيرة فعليه الفسخ ولا يسقط برضاه. لأنه يفسخ لحظها وحقها لا يسقط برضاه. ويحتمل أن يكون له الفسخ ولكن يمنع الدخول عليها حتى تبلغ وتختار فإن كان لها ولي غير الأب فلها الفسخ على ما مضى وعلى كلتا الروايتين. فلا يحل له تزويجها من غير كفء، ولا من معيب لأن الله تعالى أقامه مقامها ناظراً لها فيما فيه الحظ لها ومتصرفاً لها لعجزها عن التصرف وفي نفسها فلا يجوز له فعل ما لا حظ لها فيه كما في مالها. ولأنه إذا حرم عليه التصرف في مالها بما لا حظ فيه ففي نفسها أولى.

مسألة: قال: (**وليس هذا لغير الأب**).

يعني ليس لغير الأب إجبار كبيرة ولا تزويج صغيرة جداً كان أو غيره وبهذا قال مالك وأبو عبيد والثوري وابن أبي ليلى وبه قال الشافعي: إلا في الجد فإنه جعله كالأب. لأن ولايته ولاية إيلاد فملك إجبارها كالأب، وقال الحسن وعمر بن عبد العزيز وعطاء وطاوس وقتادة وابن شبرمة والأوزاعي وأبو حنيفة لغير الأب تزويج الصغيرة ولها الخيار إذا بلغت. وقال هؤلاء غير أبي حنيفة: إذا زوج الصغيرين غير الأب فلهما الخيار إذا بلغا. قال أبو الخطاب: وقد نقل عبد الله عن أبيه كقول أبي حنيفة لأن الله تعالى قال: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣]. فمفهومه أنه إذا لم يخف فله تزويج اليتيمة، واليتيم من لم يبلغ لقول النبي ﷺ: «لا يتم بعد احتلام» قال عروة: سألت عائشة عن قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى﴾ فقالت: يا ابن أختي هذه اليتيمة تكون في حجر وليها ويشركها في مالها ويعجبه مالها وجمالها فيريد أن يتزوجها بغير أن يقسط في صداقها فيعطها مثلما يعطيها غيره فنهوا عن نكاحهن إلا أن يقسطوا فيهن ويبلغوا على سنتهن في الصداق متفق عليه ولأنه ولي في النكاح فملك التزويج كالأب.

ولنا: قول النبي ﷺ: «تستأمر اليتيمة في نفسها وإن سكتت فهو إذنها وإن أبت فلا جواز عليها» رواه أبو داود والنسائي وروي عن ابن عمر أن قدامة بن مظعون زوج ابن عمر ابنة أخيه عثمان فرفع ذلك إلى النبي ﷺ فقال: «إنها يتيمة ولا تنكح إلا بإذنها» واليتيمة الصغيرة التي مات أبوها ولأن غير الأب قاصر الشفقة فلا يلي نكاح الصغيرة كالأجنبي وغير الجد لا يلي مالها فلا يستبد بنكاحها كالأجنبي ولأن الجد يلي بولاية غيره فأشبه سائر العصبات، وفارق الأب فإنه يدلي بغير واسطة ويسقط الإخوة والجد ويحجب الأم عن ثلث المال إلى ثلث الباقي في زوج وأبوين أو زوجة وأبوين، والآية محمولة على البالغة بدليل قول الله تعالى: ﴿تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ﴾ [النساء: ١٩]. وإنما يدفع إلى الكبيرة أو تحملها على بنت تسع.

فصل: وإذا بلغت الجارية تسع سنين ففيها روايتان:

إحداهما: أنها كمن لم تبلغ تسعاً نص عليه في رواية الأثرم، وهو قول مالك والشافعي وأبي حنيفة وسائر الفقهاء، قالوا: حكم بنت تسع سنين حكم بنت ثمان لأنها غير بالغة ولأن إذنها لا يعتبر في سائر التصرفات فكذلك في النكاح.

والرواية الثانية: حكمها حكم البالغة نص عليه في رواية ابن منصور. لمفهوم الآية ودلالة الخبر بعمومها على أن اليتيمة تنكح بإذنها وإن أبت فلا جواز عليها وقد انتفى به الإذن فيمن دونها فيجب حمله على من بلغت تسعاً.

وقد روى الإمام أحمد بإسناده عن عائشة رضي الله عنها. أنها قالت: إذا بلغت الجارية تسع سنين فهي امرأة. ورواه القاضي بإسناده عن ابن عمر عن النبي ﷺ بمعناه في حكم المرأة ولأنها بلغت سناً يمكن فيه حيضها ويحدث لها حاجة إلى النكاح فيباح تزويجها كالبالغة فعلى هذا إذا زوجت ثم بلغت. لم يكن لها خيار كالبالغة إذا زوجت؛ وقد خطب عمر أم كلثوم ابنة أبي بكر بعد موته إلى عائشة فأجابته وهي لدون عشر لأنها إنما ولدت بعد موت أبيها، وإنما كانت ولاية عمر عشراً فكرهته الجارية فتزوجها طلحة بن عبيد الله ولم ينكره منكر فدل ذلك على اتفاقهم على صحة تزويجها قبل بلوغها بولاية غير أبيها والله أعلم.

مسألة: قال: (ولو استأذن البكر البالغة والدها كان حسناً).

لا نعلم خلافاً في استحباب استئذانها فإن النبي ﷺ قد أمر به ونهى عن النكاح بدونه وأقل أحوال ذلك الاستحباب ولأن فيه تطييب قلبها وخروجاً من الخلاف. وقالت عائشة سألت رسول الله ﷺ عن الجارية ينكحها أهلها أتستأمر أم لا؟ فقال لها

رسول الله ﷺ: «نعم تستأمر» وقال: «استأمروا النساء في أبضاعهن فإن البكر تستحيي فتسكت فهو إذنها» متفق عليهما.

وروي عن عطاء قال: كان النبي ﷺ يستأمر بناته: إذا أنكحهن قال: كان يجلس عند خدر المخطوبة فيقول إن فلاناً يذكر فلانة. فإن حركت الخدر لم يزوجها وإن سكتت زوجها.

فصل: ويستحب استئذان المرأة في تزويج ابنتها لقول النبي ﷺ: «آمروا النساء في بناتهن» ولأنها تشاركه في النظر لابنتها وتحصيل المصلحة لها بشفقتها عليها وفي استئذانها تطييب قلبها وإرضاء لها فتكون أولى.

مسألة: قال: (وإذا زوج ابنته الثيب بغير إذنها فالنكاح باطل وإن رضيت بعد).

وجملة ذلك: أن البنت تقسم قسمين: كبيرة وصغيرة فأما الكبيرة: فلا يجوز للأب ولغيره تزويجها إلا بإذنها في قول عامة أهل العلم إلا الحسن قال له: تزويجها. وإن كرهت، والنخعي قال: يزوج بنته إذا كانت في عياله فإن كانت بائنة في بيتها مع عيالها استأمرها. قال إسماعيل بن إسحاق: لا أعلم أحداً قال في البنت بقول الحسن وهو قول شاذ خالف فيه أهل العلم والسنة فإن الخنساء ابنة خدام الأنصارية روت أن أباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأتت النبي ﷺ فرد نكاحه. رواه البخاري والأئمة كلهم. قال ابن عبد البر: هذا الحديث مجمع على صحته والقول به لا نعلم مخالفاً له إلا الحسن، وكانت الخنساء من أهل قباء وكانت تحت أنيس بن قتادة فقتل عنها يوم أحد فزوجها أبوها رجلاً من بني عمرو بن عوف فكرهته وشكت ذلك إلى رسول الله ﷺ فرد نكاحها ونكحت أبا لبابة بن عبد المنذر، وروى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لا تنكح الأيم حتى تستأمر» متفق عليه. وقال: «الأيم أحق بنفسها من وليها» وروى ابن عباس رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «ليس للولي مع الثيب أمر» رواهما النسائي وأبو داود ولأنها رشيدة عالمة بالمقصود من النكاح مختبرة فلم يجز إجبارها عليه كالرجل.

القسم الثاني: الثيب الصغيرة وفيها وجهان:

أحدهما: لا يجوز تزويجها وهو ظاهر قول الخرقي واختاره ابن حامد وابن بطة والقاضي ومذهب الشافعي لعموم الأخبار ولأن الإجبار يختلف بالبكارة والثيوبة لا بالصغر والكبر وهذه ثيب ولأن في تأخيرها فائدة وهو أن تبلغ فتختار لنفسها وتعتبر إذنها فوجب التأخير بخلاف البكر.

الوجه الثاني: أن لأبيها تزويجها ولا يستأمرها اختاره أبو بكر وعبد العزيز وهو قول مالك وأبي حنيفة لأنها صغيرة فجاز إجبارها كالبكر، والغلام يحقق ذلك أنها لا تريد بالثيوبة على ما حصل للغلام بالذكورية ثم الغلام يجبر إن كان صغيراً فكذا هذه والأخبار محمولة على الكبيرة فإنه جعلها أحق بنفسها من وليها والصغيرة لا حق لها.

ويتخرج وجه ثالث وهو أن ابنة تسع سنين يزوجها وليها بإذنها. ومن دون ذلك على ما ذكرنا من الخلاف لما ذكرنا في البكر والله أعلم.

مسألة: قال: (وإذن الثيب الكلام وإذن البكر الصمات).

أما الثيب: فلا نعلم بين أهل العلم خلافاً في أن إذنها الكلام للخبر ولأن اللسان هو المعبر عما في القلب وهو المعتبر في كل موضع يعتبر فيه الإذن غير أشياء يسيرة أقيم فيها الصمت مقامه لعارض.

فأما البكر: فإذنها صماتها في قول أهل العلم منهم شريح والشعبي وإسحاق والنخعي والثوري والأوزاعي وابن شبرمة وأبو حنيفة ولا فرق بين كون الولي أباً أو غيره. وقال أصحاب الشافعي: في صمتها في حق غير الأب وجهان:

أحدهما: لا يكون إذناً لأن الصمات عدم الإذن فلا يكون إذناً ولأنه محتمل الرضى والحياء وغيرهما فلا يكون إذناً كما في حق الثيب وإنما اكتفى به في حق الأب لأن رضاءها غير معتبر وهذا شذوذ عن أهل العلم وترك للسنة الصحيحة الصريحة يصان الشافعي عن إضافته إليه، وجعله مذهباً له مع كونه من أتبع الناس لسنة رسول الله ﷺ ولا يعرج منصف على هذا القول وقد تقدمت روايتنا عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن» فقال يا رسول الله فكيف إذنها؟ قال: أن تسكت.

وفي رواية: عن عائشة أنها قالت: يا رسول الله إن البكر تستحيي قال: «رضاها صماتها» متفق عليه. وفي رواية: «واليتيمة تستأمر فصمتها إقرارها» رواه النسائي وفي رواية: «تستأمر اليتيمة في نفسها فإن سكتت فهو إذنها وهذا صريح في غير ذات الأب.

وروى الأثرم عن عدي الكندي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «الثيب تعرب عن نفسها والبكر رضاها صماتها» والأخبار في هذا كثيرة: ولأن الحياء عقلة على لسانها يمنعها النطق بالإذن ولا تستحي من إبائها وامتناعها فإذا سكتت على الظن أنه لرضاها فاكتفى به وما ذكروه يفضي إلى أن لا يكون صماتها إذناً في حق الأب أيضاً لأنهم جعلوا وجوده كعدمه فيكون إذا رداً على النبي ﷺ بالكلية واطراحاً للأخبار الصريحة الجليلة وخرقاً لإجماع الأمة المرضية.

فصل: فإن نطقت بالإذن فهو أبلغ وأتم في الإذن من صمتها وإن بكت أو ضحكت فهو بمنزلة سكوتها، وقال أبو يوسف ومحمد: إن بكت فليس بإذن لأنه يدل على الكراهية وليس بصمت فيدخل في عموم الحديث.

ولنا: ما روى أبو بكر بإسناده عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «تستأمر اليتيمة فإن بكت أو سكتت فهو رضاها وإن أبت فلا جواز عليها» ولأنها ناطقة بالامتناع مع سماعها للاستئذان فكان إذناً منها كالصمات والضحك. والبكاء يدل على فرط الحياء لا على الكراهة ولو كرهت لامتنعت فإنها لا تستحيي من الامتناع، والحديث يدل بصريحه على أن هذا الصمت إذن وبمعناه على ما في معناه من الضحك والبكاء وكذلك أقمنا الضحك مقامه.

فصل: والثيب المعتبر نطقها هي الموطوءة في القبل سواء كان الوطء حلالاً أو حراماً: وهذا مذهب الشافعي، وقال مالك وأبو حنيفة في المصابة بالفجور حكمها حكم البكر في إذنها وتزويجها لأن علة الاكتفاء بصمات البكر الحياء والحياء من الشيء لا يزول إلا بمباشرته وهذه لم تباشر بالإذن في النكاح فيبقى حياؤها منه بحاله.

ولنا: قوله ﷺ: «الثيب تعرب عن نفسها» ولأن قوله ﷺ: «لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن وإذنها أن تسكت» يدل على أنه لا بد من نطق الثيب لأنه قسم النساء قسمين فجعل السكوت إذناً لأحدهما فوجب أن يكون الآخر بحاله وهذه ثيب فإن الثيب هي الموطوءة في القبل وهذه كذلك. ولأنه لو أوصى لثيب النساء دخلت في الوصية ولو أوصى للأبكار لم تدخل، ولو اشترطها في التزويج أو الشراء بكراً فوجدها مصابة بالزنى ملك الفسخ ولأنها موطوءة في القبل فأشبهت الموطوءة بشبهة والتعليل بالحياء غير صحيح فإنه أمر خفي لا يمكن اعتباره بنفسه وإنما يعتبر بمظنته وهي البكارة ثم هذا التعليل يفضي إلى إبطال منطوق الحديث فيكون باطلاً في نفسه ولا فرق بين المكرهة والمطاوعة وعلى هذا ليس لنا إجبارها إذا كانت بالغة وفي تزويجها إن كانت صغيرة وجهان وقولهم إنها لم تباشر الإذن قلنا يبطل بالموطوءة بشبهة أو في ملك يمين والمزوجة وهي صغيرة.

فصل: وإن ذهبت عذرتها بغير جماع كالوثبة أو شدة حيضة أو بأصبع أو عود ونحوه فحكمها حكم الأبكار، ذكره ابن حامد لأنها لم تختبر المقصود ولا وجد وطؤها في القبل فأشبهت من لم تزل عذرتها ولو وطئت في الدبر لم تصر ثيباً ولا حكمها حكمهن لأنها غير موطوءة في القبل.

فصل: إذا اختلف الزوج والمرأة في إذنها في تزويجها قبل الدخول فالقول قولها في قول

أكثر الفقهاء، وقال زفر في الثيب كقول أهل العلم وفي البكر: القول قول الزوج لأن الأصل السكوت والكلام حادث فالزوج يدعي الأصل فالقول قوله.

ولنا: إنها منكرة الإذن والقول المنكر ولأنه يدعى أنها استؤذنت وسمعت فصمتت والأصل عدم ذلك وهذا جواب على قوله وإن اختلفا بعد الدخول فقال القاضي: القول قول الزوج ولأن التمكين من الوطء دليل على الإذن وصحة النكاح كان الظاهر معه وهل تستحلف المرأة إذا قلنا القول قولها؟ قال القاضي: قياس المذهب أنه لا يمين عليها كما لو ادعى أنه زوجها فأنكرته وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي وأبو يوسف ومحمد تستحلف فإن نكلت فقال أبو يوسف ومحمد يثبت النكاح وقال الشافعي: يستحلف الزوج ويثبت النكاح.

ولنا: إنه اختلاف في زوجية فلا يثبت بالنكول ولا يحلف المدعي معه كما لو ادعى الزوج أصل التزويج فأنكرته فإن كانت المرأة ادعت أنها أذنت فأنكر ورثة الزوج فالقول قولها لأنه اختلاف في أمر يختص بها صادر من جهتها فالقول قولها فيه كما لو اختلفوا في نيتها فيما تعتبر فيه نيتها، ولأنها تدعي صحة العقد وهم يدعون فساده فالظاهر معها.

فصل في المجنونة: إن كانت ممن تجبر لو كانت عاقلة جاز تزويجها لمن يملك إجبارها لأنه إذا ملك إجبارها مع عقلها وامتناعها فمع عدمه أولى. وإن كانت ممن لا يجبر انقسمت ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون وليها الأب أو وصيه كالثيب الكبيرة فهذه يجوز لوليها تزويجها ذكره القاضي وهو ظاهر كلام الخرقي لأنه جعل للأب تزويج المعتوه فالمرأة أولى. وهذا قول الشافعي وأبي حنيفة ومنع منه أبو بكر لأنها ولاية إجبار وليس على الثيب ولاية إجبار والأول أصح فإن ولاية الإجبار إنما انتفت عن العاقلة لرأيها لحصول المباشرة منها والخبرة وهذه بخلاف ذلك وكذلك الحكم في الثيب الصغيرة إذا قلنا بعدم الإجبار في حقها إذا كانت عاقلة.

القسم الثاني: أن يكون وليها الحاكم ففيها وجهان:

أحدهما: ليس له تزويجها بحال. لأن هذه ولاية إجبار فلا تثبت لغير الأب كحال عقلها.

والثاني: له تزويجها إذا ظهر منها شهوة الرجال كبيرة كانت أو صغيرة وهو اختيار ابن حامد وأبي الخطاب وقول أبي حنيفة لأن بها حاجة إليه لدفع ضرر الشهوة عنها وصيانتها عن الفجور وتحصيل المهر والنفقة والعفاف وصيانة العرض ولا سبيل إلى إذنها فأبيح تزويجها كالثيب مع أبيها وكذلك ينبغي أن يملك تزويجها وإن قال أهل الطب: إن علتها تزول

بتزوجها لأن ذلك من أعظم مصالحها، وقال الشافعي: لا يملك تزويج صغيرة بحال ويملك تزويج الكبيرة إذا قال أهل الطب إن علتها تزول بتزوجها.

ولنا: إن المعنى المبيح للتزويج وجد في حق الصغيرة فأبيح تزويجها كالكبيرة إذا ظهرت منها شهوة الرجال ففي تزويجها مصلحتها ودفع حاجتها فأشبه ما لو قال أهل الطب إنه يزيل علتها. وتعرف شهوتها من كلامها وقرائن أحوالها كتتبعها للرجال وميلها إليهم وأشباه ذلك.

القسم الثالث: من وليها غير الأب والحاكم فقال القاضي: لا يزوجها غير الحاكم فيكون حكمها حكم القسم الثاني على ما بيناه.

وقال أبو الخطاب: لهم تزويجها في الحال التي يملك الحاكم تزويج موليته فيها وهذا قول أبي حنيفة لأن ولايتهم مقدمة على ولاية الحاكم فقدموا عليه في التزويج كما لو كانت عاقلة، ووجه قول القاضي أن الحاكم هو الناظر لها في مالها دونهم فيكون ولياً دونهم كتزويج أمتها، ولأن هذا دفع حاجة ظاهرة فكانت إلى الحاكم كدفع حاجة الجوع والعري، فإن كان لها وصي في مالها لم يتملك تزويجها لأنه لا ولاية له في نكاحها والحكم في تزويجها حكم من وليها غير الأب والحاكم على ما ذكرنا.

مسألة: قال: (وإذا زوج ابنته بدون صداق مثلها ثبت النكاح بالمسمى وإن فعل ذلك غير الأب ثبت النكاح وكان لها مهر مثلها).

وجملة ذلك: أن للأب تزويج ابنته بدون صداق مثلها، بكراً كانت أو ثيباً، صغيرة كانت أو كبيرة وبهذا قال أبو الخطاب ومالك، وقال الشافعي: ليس له ذلك فإن فعل فلها مهر مثلها لأنه عقد معاوضة فلم يجز أن ينقص فيه عن قيمة المعوض كالبيع ولأنه تفريط في مالها وليس له ذلك.

ولنا: إن عمر رضي الله عنه خطب الناس فقال: ألا لا تغالوا في صداق النساء فما أصدق رسول الله ﷺ أحداً من نسائه ولا أحداً من بناته أكثر من اثنتي عشرة أوقية وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكروه فكان اتفاقاً منهم على أن له أن يزوج بذلك وإن كان دون صداق المثل، ووزج سعيد بن المسيب ابنته بدرهمين وهو من سادات قريش شرفاً وعلماً وديناً، ومن المعلوم أنه لم يكن مهر مثلها ولأنه ليس المقصود من النكاح العوض وإنما المقصود السكن والازدواج ووضع المرأة عند من يكفيها في منصب ويصونها ويحسن عشرتها والظاهر من الأب مع تمام شفقته وبلوغ نظره أنه لا ينقصها من صداقها إلا لتحصيل المعاني المقصودة بالنكاح فلا ينبغي أن يمنع من تحصيل المقصود بتفويت غيره ويفارق سائر عقود المعاوضات فإن المقصود فيها العوض فلم يجز تفويته فأما غير الأب فليس له أن

ينقصها من مهر مثلها فإن زوج بدون ذلك صح النكاح لأن فساد التسمية وعدمها لا يؤثر في النكاح ويكون لها مهر مثلها لأنه قيمة بضعها وليس للولي نقصها منه فرجعت إلى مهر مثلها والله أعلم.

فصل: وتمام المهر على الزوج لأن التسمية ها هنا فاسدة لكونها غير مأذون فيها شرعاً فوجب على الزوج مهر المثل كما لو زوجها بمحرم وعلى الولي ضمانه لأنه المفرط فكان عليه الضمان كما لو باع مالها بدون ثمن مثل.

قال أحمد: أخاف أن يكون ضامناً وليس الأب مثل الولي ولا تملك المرأة الفسخ لأنه قد حصل لها وجوب مهر مثلها والله أعلم.

مسألة: قال: (ومن زوج غلاماً غير بالغ أو معتوهاً لم يجز إلا أن يزوجه والده أو وصي ناظر له في التزويج).

الكلام في هذه المسألة في فصول أربعة:

أحدها: أنه ليس لغير الأب أو وصيه تزويج الغلام قبل بلوغه، وقال القاضي في المجرد للحاكم تزويجه لأنه يلي ماله، وقال الشافعي يملك ولي الصبي تزويجه ليألف حفظ فرجه عند بلوغه وليس بسديد فإن غير الأب لا يملك تزويج الجارية الصغيرة فالغلام أولى وفارق الأب ووصيه فإن لهما تزويج الصغيرة وولاية الإجبار وسواء أذن الغلام في تزويجه أو لم يأذن فإنه لا إذن له.

الفصل الثاني: في المعتوه وهو الزائل العقل بجنون مطبق ليس لغير الأب ووصيه تزويجه، وهذا قول مالك وقال أبو عبد الله بن حامد للحاكم تزويجه إذا ظهر منه شهوة النساء بأن يتبعهن ويريدهن وهذا مذهب الشافعي لأن ذلك من مصالحه وليس له حال ينتظر فيها إذنه وقد ذكرنا توجيه الوجهين في تزويج المجنونة وينبغي على هذا القول أن يجوز تزويجه إذا قال أهل الطب: إن في تزويجه ذهاب علته لأنه من أعظم مصالحه والله أعلم.

الفصل الثالث: أن للأب أو وصيه تزويجهما سواء كان الغلام عاقلاً أو مجنوناً وسواء كان الجنون مستداماً أو طارئاً فأما الغلام السليم من الجنون فلا نعلم بين أهل العلم خلافاً في أن لأبيه تزويجه كذلك قال ابن المنذر: وممن هذا مذهبه الحسن والزهري وقتادة ومالك والثوري والأوزاعي وإسحاق والشافعي وأصحاب الرأي لما روي أن ابن عمر زوج ابنه وهو صغير فاختصما إلى زيد فأجازاه جميعاً رواه الأثرم بإسناده فأما الغلام المعتوه فلأبيه تزويجه، وقال الشافعي: لا يجوز لأنه يلزمه التزويج حقوقاً من المهر والنفقة مع عدم حاجته فلم يجز له ذلك كغيرة من الأولياء.

ولنا: إنه غير بالغ فملك أبوه تزويجه كالعاقل ولأنه إذا ملك تزويج العاقل مع أن له مع احتياجه إلى التزويج رأياً ونظراً لنفسه فلأن يجوز تزويج من لا يتوقع فيه ذلك أولى، وفارق غير الأب فإنه لا يملك تزويج العاقل. وأما البالغ المعتوه فظاهر كلام أحمد والخرقي أن للأب تزويجه مع ظهور أمارات الشهوة وعدمها وقال القاضي: إنما يجوز تزويجه إذا ظهرت منه أمارات الشهوة باتباع النساء ونحوه وهو مذهب الشافعي لأن في تزويجه مع عدم حاجته ضرراً به بإلزامه حقوقاً لا مصلحة له في التزامها، وقال أبو بكر ليس للأب تزويجه بحال لأنه رجل فلم يجز إجباره على النكاح كالعاقل وقال زفر: إن طرأ عليه الجنون بعد البلوغ لم يجز تزويجه وإن كان مستداماً جاز.

ولنا: إنه غير مكلف فجاز لأبيه تزويجه كالصغير فإنه إذا جاز تزويج الصغير مع عدم حاجته في الحال وتوقع نظره عند الحاجة فها هنا أولى.

ولنا: على التسوية بين الطارىء والمستدام أنه معنى يثبت الولاية فاستوى طارئه ومستدامه كالرق ولأنه جنون يثبت الولاية على ماله فأثبتها عليه في النكاح كالمستدام، فأما اعتبار الحاجة فلا بد منها فإنه لا يجوز لوليه تزويجه إلا إذا رأى المصلحة فيه غير أن الحاجة لا تنحصر في قضاء الشهوة فقد تكون حاجته إلى الإيواء والحفظ وربما كان دواء له ويترجى به شفاؤه فجاز التزويج له كقضاء الشهوة والله أعلم.

فصل: ومن يفيق في الأحيان لا يجوز تزويجه إلا بإذنه لأن ذلك ممكن ومن أمكن أن يتزوج لنفسه لم تثبت الولاية عليه كالعاقل ولو زال عقله ببرسام أو مرض مرجو الزوال فهو كالعاقل فإن ذلك لا يثبت الولاية على ماله فعلى نفسه أولى وإن لم يرج زواله فهو داخل فيما ذكرناه.

الفصل الرابع: أن وصي الأب في النكاح بمنزلته على ما ذكرنا في ثبوت الولاية للوصي على المرأة وفي هذا من الخلاف مثل ما فيه وإنما يثبت ذلك لوصي الأب في التزويج خاصة فإن كان وصياً في المال لم تكن له ولاية في التزويج لأنه إنما يستفيد بالتصرف بالوصية فلا يملك ما لم يوص به إليه ووصي غير الأب لا ولاية له على صبي أو مجنون لأن الموصي لا يملك ذلك فوصيه أولى.

فصل: وإن تزوج لصغير أو مجنون فإنه يقبل لهما النكاح ولا يجوز أن يأذن لهما في قبوله لأنهما ليسا من أهل التصرف وإن كان الغلام ابن عشر وهو مميز فقياس المذهب جواز تفويض القبول إليه حتى يتولاه لنفسه كما يفوض أمر البيع إليه ولأنه يملك إيقاع الطلاق بنفسه، وإن تزوج له الولي جاز كما يجوز أن يبتاع له وهذا على الرواية التي تقول بصحة بيعه ووقوع طلاقه وإن قلنا لا يصح ذلك منه فهذا أولى.

فصل: وذكر القاضي أنه لا يجوز أن يتزوج لهما بزيادة على مهر المثل لأنه معاوضة في حق الغير فلم تجز الزيادة فيها على عوض المثل كبيع ماله وهذا مذهب الشافعي. وقد ذكرنا أن للأب تزويج ابنته بدون صداق مثلها فهذا مثله فإنه قد يرى المصلحة في ذلك فجاز له بذل المال فيه كما يجوز في مداواته بل الجواز ها هنا أولى فإن الغالب أن المرأة لا ترضى بتزويج مجنون إلا أن ترغب بزيادة على مهر مثلها فيتعذر الوصول إليه بدون ذلك بخلاف المرأة وذكر القاضي في المجرد أن قياس المذهب أنه لا يزوجه بأكثر من امرأة واحدة لعدم حاجته إلى زيادة عليها فيكون بذلاً لماله فيما لا حاجة به إليه وذكر في الجامع أن له تزويج ابنه الصغير بأربع لأنه قد يرى المصلحة فيه وليس له تزويجه بمعيبة عيباً يرد به في النكاح لأن فيه ضرراً به وتفويتاً لماله فيما لا مصلحة له فيه فإن فعل خرج في صحة النكاح وجهان فإن قلنا يصح فهل للولي الفسخ في الحال؟ على وجهين مضى توجيههما في تزويج الصغيرة بمعيب ومتى لم يفسخ حتى بلغ الصبي أو عقل المجنون فلهما الفسخ وليس له تزويجه بأمة لأن إباحتها مشروطة بخوف العنت وهو معدوم في حق الصبي غير معدوم في المجنون.

فصل: وإذا زوج ابنه تعلق الصداق بذمة الابن موسراً كان أو معسراً لأنه عقد للابن فكان عليه بذله كثمن المبيع وهل يضمنه الأب؟ فيه روايتان:

إحداهما: يضمنه نص عليه فقال تزويج الأب لابنه الطفل جائز ويضمن الأب المهر لأنه التزم العوض عنه فضمنه كما لو نطق بالضمان. **والأخرى:** لا يضمنه لأنه عقد معاوضة ناب فيه عن غيره فلم يضمن عوضه كثمن مبيعه أو كالوكيل قال القاضي هذا أصح وقال إنما الروايتان فيما إذا كان معسراً أما الموسر فلا يضمن الأب عنه رواية واحدة فإن طلق قبل الدخول سقط نصف الصداق، فإن كان ذلك بعد دفع الأب الصداق عنه رجع نصف إلى الابن وليس للأب الرجوع فيه بمعنى الرجوع في الهبة لأن الابن ملكه بالطلاق عن غير أبيه فأشبه ما لو وهبه الأب أجنبياً ثم وهبه الأجنبي للابن، ويحتمل أن يرجع فيه لأنه تبرع عن ابنه فلم يستقر الملك حتى استرجعه الابن وكذلك الحكم فيما لو قضى الصداق عن ابنه الكبير ثم طلق قبل الدخول وإن ارتدت قبل الدخول فالحكم في الرجوع في جميعه كالحكم في الرجوع في النصف بالطلاق.

فصل: في المحجور عليه للسفه والكلام في نكاحه في ثلاثة أحوال:

أحدها: أن لوليه تزويجه إذا علم حاجته إلى النكاح لأنه نصب لمصالحه وهذا من مصالحه لأنه يصون به دينه وعرضه ونفسه فإنه ربما تعرض بترك التزويج للإثم بالزنا والحد وهتك العرض وسواء علم بحاجته بقوله أو بغير قوله، وسواء كانت حاجته بالاستمتاع أو إلى الخدمة فيزوجه امرأة لتحل له لأنه يحتاج إلى الخلوة بها وإن لم يكن به حاجة إليه لم يجز تزويجه لأنه يلزمه بالنكاح حقوقاً من المهر والنفقة والعشرة والمبيت والسكنى فيكون تضييعاً

لماله ونفسه في غير فائدة فلم يجز كتبذير ماله وإذا أراد تزويجه استأذنه في تزويجه، فإن زوجه بغير إذنه فقال أصحابنا: يصح لأنه عقد معاوضة فملكه الولي في حق المولى عليه كالبيع، ولأنه محجور عليه أشبه الصغير والمجنون، ويحتمل أن لا يملك تزويجه بغير إذنه لأنه يملك الطلاق فلم يجبر على النكاح كالرشيد والعبد الكبير، وذلك لأن إجباره على النكاح مع ملك الطلاق مجرد إضرار فإنه يطلق فيلزمه الصداق مع فوات النكاح، ولأنه قد يكون له غرض في امرأة ولا يكون له في أخرى فإذا أجبر على من يكرهها لم تحصل له المصلحة منها وفات عليه غرضه من الأخرى فيحصل مجرد ضرر مستغنى عنه، وإنما جاز ذلك في حق المجنون والطفل لعدم إمكان الوصول إلى ذلك من قولهما ولم يتعذر ذلك ها هنا فوجب أن لا يفوت ذلك عليه كالرشيد.

الحال الثاني: أن للولي أن يأذن له في التزويج في الحال التي للولي تزويجه فيها وهي حال الحاجة لأنه من أهل النكاح فإنه عاقل مكلف ولذلك يملك الطلاق والخلع فجاز أن يفوض إليه ذلك ثم هو مخير بين أن يعين له المرأة أو يأذن له مطلقاً وقال بعض الشافعية يحتاج إلى التعيين لئلا يتزوج شريفة يكثر مهرها ونفقتها فيتضرر بذلك.

ولنا: إنه إذن في النكاح فجاز من غير تعيين كالإذن للعبد وبهذا يبطل ما ذكروه ولا يتزوج إلا بمهر المثل فإن زاد على مهر المثل بطلت الزيادة لأنها محاباة بماله ولا يملكها، وإن نقص عن مهر المثل جاز لأنه ربح من غير خسران.

الحال الثالث: إذا تزوج بغير إذن. فقال أبو بكر: يصح النكاح أومأ إليه أحمد قال القاضي يعني إذا كان محتاجاً فإن عدمت الحاجة لم يجز لأنه إتلاف لماله في غير فائدة، وقال أصحاب الشافعي إن أمكنه استئذان وليه لم يصح إلا بإذنه لأنه محجور عليه فلم يصح منه التصرف بغير إذن كالعبد، وإن طلب منه النكاح فأبى أن يزوجه ففيه وجهان.

ولنا: إنه إذا احتاج إلى النكاح فحقه متعين فيه فصح استيفاؤه بنفسه كما لو استوفى دينه الحال عند امتناع وليه من استيفائه، فأما إن تزوج من غير حاجة لم يصح فإن وطىء الزوجة فعليه مهر المثل لأنه أتلف بضعها بشبهة فلزمه عوض ما أتلف كما لو أتلف مالها.

فصل: وليس لغير الأب تطليق امرأة المولى عليه سواء كان ممن يملك التزويج كوصي الأب والحاكم على قول ابن حامد أو لا يملكه لا نعلم في هذا خلافاً، فأما الأب إذا زوج ابنه الصغير أو المجنون فقد قال أحمد في رجلين زوج أحدهما ابنه بابنة الآخر وهما صغيران ثم إن الأبوين كرها هل لهما أن يفسخا فقال قد اختلف في ذلك وكأنه رآه قال أبو بكر لم يبلغني عن أبي عبد الله في هذه المسألة إلا هذه الرواية فتتخرج على قولين:

أحدهما: يملك ذلك وهو قول عطاء وقتادة لأنها ولاية يستفيد بها تمليك البضع فجاز

أن يملك بها إزالته إذا لم يكن متهماً كالحاكم يملك الطلاق على الصغير والمجنون بالاعتبار: والقول الثاني لا يملك ذلك وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لقول النبي ﷺ: «إنما الطلاق لمن أخذ بالساق» ولأنه لا يملك البضع فلا يملك الطلاق بنفسه كوصي الأب والحاكم وكالسيد يزوج عبده الصغير، وبهذه الأصول يبطل دليل القول الأول.

فصل: وإذا ادعت امرأة المجنون عنته لم تضرب له مدة لأنها لا تثبت إلا بإقرار الزوج ولا حكم لإقراره، وإن أقر بالعنة وهو صحيح فضربت له المدة ثم جن وانقضت المدة وطالبت المرأة بالفسخ لم يفسخ لأنها إن كانت ثيباً فالقول قوله وإن كانت بكراً فادعى منعها إياه نفسها وأنه وطئها فعادت عذرتها فله استحلافها فإذا كان لا يعبر عن نفسه لم يستحلف ولا يثبت ما قالته فلم يفسخ عليه.

مسألة: قال: (وإذا زوج أمته بغير إذنها فقد لزمها النكاح كبيرة كانت أو صغيرة).

لا نعلم في هذا خلافاً وذلك لأن منافعها مملوكة له والنكاح عقد على منفعتها فأشبه عقد الإجارة ولذلك ملك الاستمتاع بها وبهذا فارقت العبد ولأنه ينتفع بتزويجها لما حصل له من مهرها وولدها ويسقط عنه من نفقتها وكسوتها بخلاف العبد.

فصل: والمدبرة والمعلق عتقها بصفة وأم الولد كالأمة القن في إجبارها على النكاح. وقال مالك آخر أمره ليس له تزويج أم ولده بغير إذنها وكرهه ربيعة، وللشافعي فيه قولان لأنه لا يملك التصرف في رقبتها فكذلك لا يملك تزويجها بغير إذنها كأخته.

ولنا: إنها مملوكته يملك الاستمتاع بها وإجارتها فملك تزويجها كالقن ولأنها إحدى منفعتيها فملك أحد عوضيها كسائر منافعها، وما ذكروه يبطل بابنته الصغيرة لا يملك رقبتها ويملك تزويجها، وإذا ملك أخته من الرضاع أو مجوسية فله تزويجهما، وإن كانتا محرمتين عليه لأن منافعهما ملكه وإنما حرمتا عليه لعارض فأما التي بعضها حر فلا يملك سيدها إجبارها لأنه لا يملك جميعها ولا يملك إجبار المكاتبة لأنها بمنزلة الخارجة عن ملكه ولذلك لا يملك وطأها ولا إجارتها ولا تلزمه نفقتها ولا يصل إليه مهرها فهي كالعبد.

فصل: فإن طلبت الأمة من سيدها تزويجها فإن كان يطؤها لم يجبر على تزويجها لأن عليه ضرراً في تزويجها ووطؤه لها يدفع حاجتها فإن كان لا يطؤها لكونها محرمة عليه كالمجوسية وأخته من الرضاع أو محللة له لكن لا يرغب في وطئها أجبر على تزويجها أو وطئها إن كانت محللة له وإزالة ملكه عنها لأنه وليها فأجبر على تزويجها كالحرة، ولأن حاجتها قد تشتد إلى ذلك فأجبر على دفعها كالإطعام والكسوة وإذا امتنع أجبره الحاكم،

وإن طلبت منه من نصفها حر أو المكاتبة أو أم الولد التزويج أجبر عليه لأنه وليهن فأجبر على تزويجهن كالحرائر.

فصل: وإذا اشترى عبده المأذون أمة وركبته ديون ملك سيده تزويجها وبيعها وإعتاقها. نص عليه أحمد وذكره أبو بكر وقال للسيد وطؤها، وقال الشافعي ليس له شيء من ذلك لما فيه من الإضرار بالغرماء، وأصل الخلاف يبنى على دين المأذون له في التجارة فعندنا يلزم السيد فلا يلحق الغرماء ضرر بتصرف السيد في الأمة فإن الدين ما تعلق بها وعنده أن الدين يتعلق بالعبد وبما في يده فيلحقهم الضرر والكلام على هذا يذكر في موضعه.

فصل: وليس للسيد إكراه أمته على التزويج بمعيب عيباً يرد به في النكاح لأنه يؤثر في الاستمتاع وذلك حق لها ولذلك ملكت الفسخ بالجب والعنة والامتناع من العبد دون السيد وفارق بيعها من معيب لأنه لا يراد للاستمتاع ولهذا ملك شراء الأمة المحرمة ولم تملك الأمة الفسخ لعيبه ولا عنته ولا إيلائه، وإن زوجها من معيب فهل يصح؟ على وجهين فإن قلنا يصح فلها الفسخ وإن كانت صغيرة فهل له الفسخ في الحال أو ينتظر بلوغها؟ على وجهين، ومذهب الشافعي هكذا في هذا الفصل كله.

مسألة: قال: (ومن زوج عبده وهو كاره لم يجز إلا أن يكون صغيراً).

الكلام في هذه المسألة في فصلين:

الفصل الأول: أن السيد لا يملك إجبار عبده البالغ العاقل على النكاح، وبهذا قال الشافعي في أحد قوليه، وقال مالك وأبو حنيفة: له ذلك لقول الله تعالى: ﴿**وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ**﴾ [النور: ٣٢] ولأنه يملك رقبته فملك إجباره على النكاح كالأمة ولأنه يملك إجارته. فأشبه الأمة.

ولنا: إنه مكلف يملك الطلاق فلا يجبر على النكاح كالحر ولأن النكاح خالص حقه ونفعه له. فأشبه الحر والأمر بإنكاحه مختص بحال طلبه بدليل عطفه على الأيامى وإنما يزوجن عند الطلب ومقتضى الأمر الوجوب وإنما يجب تزويجه عند طلبه، وأما الأمة فإنه يملك منافع بضعها والاستمتاع بها بخلاف العبد، ويفارق النكاح الإجارة لأنها عقد على منافع بدنه وهو يملك استيفاءها.

الفصل الثاني: في العبد الصغير الذي لم يبلغ فللسيد تزويجه في قول أكثر أهل العلم إلا أن بعض الشافعية قال فيه قولان وقال أبو الخطاب يحتمل ألا يملك تزويجه.

ولنا: إنه إذا ملك تزويج ابنه الصغير فعبده مع ملكه له تمام ولايته عليه أولى وكذلك الحكم في عبده المجنون.

فصل: والمهر والنفقة على السيد سواء ضمنهما أو لم يضمنهما وسواء باشر العقد أو أذن لعبده فعقده وسواء كان مأذوناً له في التجارة أو محجوراً عليه. نص عليه أحمد وعنه ما يدل على أن ذلك يتعلق بكسبه فإنه قال نفقته من ضريبته وقال إن كان بقيمة ضريبته أنفق عليها ولا يعطى المولى وإن لم يكن عنده ما ينفق يفرق بينهما وهذا قول الشافعي، وفائدة الخلاف أن من ألزم السيد المهر والنفقة أوجبهما عليه وإن لم يكن للعبد كسب وليس للمرأة الفسخ لعدم كسب العبد وللسيد استخدامه ومنعه من الاكتساب ومن علقه بكسبه فلم يكن له كسب فللمرأة الفسخ وليس للسيد منعه من الكسب.

ولنا: إنه حق تعلق بالعبد برضا سيده فتعلق بسيده وجازه بيعه فيه كما لو رهنه بدين. فعلى هذا لو باعه سيده أو أعتقه لم يسقط المهر عن السيد نص عليه لأنه حق تعلق بذمته فلم يسقط ببيعه وعتقه كأرش جنايته فأما النفقة فإنها تتجدد فتكون في الزمن المستقبل على المشتري أو على العبد إذا أعتق.

فصل: ويجوز أن يتزوج السيد لعبده بإذنه ويجوز أن يأذن للعبد فيتزوج لنفسه لأنه مكلف يصح طلاقه فكان من أهل مباشرة النكاح كالحر ويجوز أن يأذن له مطلقاً ومقيداً، فإن عين له امرأة أو نساء بلد أو قبيلة أو حرة أو أمة فتزوج غيرها لم يصح لأنه متصرف بالإذن فقيد تصرفه بما أذن له فيه كالوكيل وإن أذن له مطلقاً فله أن يتزوج من شاء لكن إن تزوج امرأة من بلد. أخرى فللسيد منعه من الخروج إليها وإن كانت في البلد فعلى السيد إرساله ليلاً للاستمتاع وإن أحب سيده أن يسكنها في مسكن من داره فله ذلك إذا كان مسكن مثلها ولا يلزمه إرساله نهاراً لأنه يحتاج إلى استخدامه وليس النهار محلاً للاستمتاع ولسيده المسافرة به فإن حق امرأة العبد عليه لا يزيد على حق امرأة الحر والحر يملك المسافرة وإن كرهت امرأته كذا ها هنا.

فصل: وللسيد أن يعين له المهر وله أن يطلق فإن تزوج بما عينه أو دونه أو بمهر المثل عند الإطلاق أو دونه لزم المسمى وإن تزوج بأكثر من ذلك لم يلزم السيد الزيادة، وهل يتعلق برقبة العبد أو بذمته يتبع بها بعد العتق؟ على روايتين بناء على استدانة العبد المحجور عليه وقد ذكر في باب الحجر.

فصل: وإن تزوج أمة ثم اشتراها بإذن سيده لسيده لم يؤثر ذلك في نكاحه وإن اشتراها لنفسه وقلنا إن العبد لا يملك بالتمليك فكذلك وإن قلنا يملك بالتمليك انفسخ نكاحه كما لو اشترى الحر امرأته وله وطؤها بملك اليمين إذا أذن له السيد فإن كان نصفه حراً فاشتراها في ذمته أو بما يختص بملكه انفسخ نكاحه لأنه ملكها وحلت له بملك يمينه وإن ملك بعضها انفسخ نكاحه ولم تحل له لأنه لا يملك جميعها وإن اشتراها بعين مالٍ مشترك بينه وبين

سيده بغير إذنه وقلنا لا تفرق الصفقة لم يصح البيع والنكاح بحاله وإن قلنا بتفريقها صح في قدر ماله وانفسخ النكاح لملكه بعضها.

فصل: وإن اشترت الحرة زوجها أو ملكته بهبة أو غيرها انفسخ النكاح لأن ملك النكاح واليمين يتنافيان لاستحالة كون الشخص مالكاً لمالكه ولأن المرأة تقول انفق علي لأنني امرأتك وأنا أسافر بك لأنك عبدي ويقول هو أنفقي علي لأنني عبدك وأنا أسافر بك لأنك امرأتي فيتنافى ذلك فيثبت أقواهما وهو ملك اليمين وينفسخ النكاح لأنه أضعف ولها على سيده المهر إن كان بعد الدخول وله عليها الثمن فإن كانا دينين من جنس تقاصا وتساقطا وإن كانا متساويين وإن تفاضلا سقط الأقل منهما بمثله وبقي الفاضل، وإن اختلف جنسهما لم يتساقطا وعلى كل واحد منهما تسليم ما عليه إلى صاحبه. وقال الشافعي في أحد قوليه: يسقط مهرها لأنه دين في ذمة العبد فإذا ملكته لم يجز أن يثبت لها دين في ذمة عبدها كما لو أتلف لها مالاً، وهذا بناء منه على أن المهر يتعلق بذمة العبد وقد بينا أنه يتعلق بذمة سيده فلا يؤثر ملك العبد في إسقاطه.

وذكر القاضي فيه وجهاً أنه يسقط لأن ثبوت الدين في ذمة السيد تبع لثبوته في ذمة العبد فإذا سقط من ذمة العبد سقط من ذمة السيد تبعاً كالدين الذي على الضامن إذا سقط من ذمة المضمون عنه ولا يعرف هذا في المذهب. ولأنه ثبت في الذمتين جميعاً إحداهما تبعاً للأخرى بل المذهب على أنه لا يسقط بعد الدخول بحال فأما إن كان الشراء قبل الدخول سقط نصفه كما لو طلقها قبل دخوله بها وفي سقوط باقيه وجهان:

أحدهما: لا يسقط، لأن زوال الملك إنما هو بفعل البائع فالفسخ إذاً من جهته فلم يسقط جميع المهر كالخلع.

والثاني: يسقط. لأن الفسخ إنما تم بشراء المرأة. فأشبه الفسخ بالعيب في أحدهما وفسخها لإعساره وشراء الرجل لامرأته.

فصل: فإن ابتاعته بصداقها صح. نص عليه أحمد وذكر أبو بكر والقاضي ويرجع عليها بنصفه إن قلنا يسقط نصفه أو بجميعه إن قلنا يسقط جميعه، ويحتمل أن لا يصح البيع وهو قول أصحاب الشافعي لأن ثبوته يقتضي نفيه فإن صحة البيع تقتضي فسخ النكاح وسقوط المهر يقتضي بطلان البيع لأنه عوض ولا يصح بغير عوض.

ولنا: إنه يجوز أن يكون ثمناً لغير هذا العبد فجاز أن يكون ثمناً له كغيره من الديون وما سقط منه يرجع عليه به.

مسألة: قال: (فإذا زوج الوليان فالنكاح للأول منهما).

وجملة ذلك: أنه إن كان للمرأة وليان فأذنت لكل واحد منهما في تزويجها جاز سواء

أذنت في رجل معين أو مطلقاً فقالت قد أذنت لكل واحد من أوليائي في تزويجي من أراد فإذا زوجها الوليان لرجلين وعلم السابق منهما فالنكاح له دخل بها الثاني أو لم يدخل وهذا قول الحسن والزهري وقتادة وابن سيرين والأوزاعي والثوري والشافعي وأبي عبيد وأصحاب الرأي، وبه قال عطاء ومالك ما لم يدخل بها الثاني فإن دخل بها الثاني صار أولى لقول عمر إذا أنكح الوليان فالأول أحق ما لم يدخل بها الثاني ولأن الثاني اتصل بعقده القبض فكان أحق.

ولنا: ما روى سمرة وعقبة عن النبي ﷺ أنه قال: «أيما امرأة زوجها وليان فهي للأول» أخرج حديث سمرة أبو داود والترمذي وأخرجه النسائي عنه وعن عقبة. وروي نحو ذلك عن علي وشريح ولأن الثاني تزوج امرأة في عصمة زوج فكان باطلاً كما لو علم أن لها زوجاً، ولأنه نكاح باطل لو عري عن الدخول فكان باطلاً وإن دخل كنكاح المعتدة والمرتد وكما لو علم، فأما حديث عمر رضي الله عنه فلم يصححه أصحاب الحديث وقد خالفه قول علي رضي الله عنه وجاء على خلاف حديث النبي ﷺ وما ذكروه من القبض لا معنى له فإن النكاح يصح بغير قبض على أنه لا أصل له فيقاس عليه ثم يبطل بسائر الأنكحة الفاسدة.

فصل: إذا استوى الأولياء في الدرجة كالإخوة وبنيهم والأعمام وبنيهم فالأولى تقديم أكبرهم وأفضلهم لأن النبي ﷺ لما تقدم إليه محيصة وحويصة وعبد الرحمن بن سهل فتكلم عبد الرحمن بن سهل وكان أصغرهم فقال النبي ﷺ «كبر كبر» أي قدم الأكبر قدم الأكبر فتكلم حويصة، وإن تشاحوا ولم يقدموا الأكبر أقرع بينهم لأن حقهم استوى في القرابة وقد كان النبي ﷺ إذا أراد السفر أقرع بين نسائه لتساوي حقوقهن كذا ها هنا، فإن بدر واحد منهم فزوج كفؤاً بإذن المرأة صح وإن كان هو الأصغر المفضول الذي وقعت القرعة لغيره لأنه تزويج صدر من ولي كامل الولاية بإذن موليته فصح كما لو انفرد وإنما القرعة لإزالة المشاحة.

مسألة: قال: (فإن دخل بها الثاني وهو لا يعلم أنها ذات زوج فرق بينهما وكان لها عليه مهر مثلها ولم يصبها زوجها حتى تحيض ثلاث حيض بعد آخر وقت وطئها الثاني).

أما إذا علم الحال قبل وطء الثاني لها فإنها تدفع إلى الأول ولا شيء على الثاني لأن عقده عقد فاسد لا يوجب شيئاً، وإن وطئها الثاني وهو لا يعلم فهو وطء شبهة يجب لها به المهر وترد إلى الأول ولا يحل له وطؤها حتى تنقضي عدتها بثلاث حيض إن كانت من ذوات الاقراء ولم تحمل، نص عليه أحمد وهو قول قتادة والشافعي وابن المنذر وقال أحمد رحمه الله لها صداق بالمسيس وصداق من هذا ولا يرد الصداق الذي يؤخذ من الداخل بها على الذي

دفعت إليه وذلك لأن الصداق في مقابلة الاستمتاع بها فكان لها دون زوجها كما لو وطئت بشبهة أو مكرهة، ولا يحتاج هذا النكاح الثاني إلى فسخ لأنه باطل ولا يجب لها المهر إلا بالوطء دون مجرد الدخول والوطء دون الفرج لأنه نكاح باطل لا حكم له، ويجب مهر المثل لأنه يجب بالإصابة لا بالتسمية، وذكر أبو بكر أن الواجب المسمى، قال القاضي هو قياس المذهب والأول أصح لما قلناه والله أعلم.

مسألة: قال: (فإن جهل الأول منهما فسخ النكاحان).

وجملة ذلك أنه إذا جهل الأول منهما فلا فرق بين أن لا يعلم كيفية وقوعهما أو يعلم أن أحدهما قبل الآخر لا بعينه أو يعلم بعينه ثم يشك فالحكم في جميعها واحد وهو أن يفسخ الحاكم النكاحين جميعاً نص عليه أحمد في رواية الجماعة ثم تتزوج من شاءت منهما أو من غيرهما، وهذا قول أبي حنيفة ومالك وعن أحمد رواية أخرى أنه يقرع بينهما فمن تقع له القرعة أمر صاحبه بالطلاق ثم يجدد القارع نكاحه، فإن كانت زوجته لم يضره تجديد النكاح شيئاً وإن كانت زوجة الآخر بانت منه بطلاقه وصارت زوجة هذا بعقده الثاني لأن القرعة تدخل التمييز بالحقوق عند التساوي كالسفر بإحدى نسائه والبداءة بالمبيت عند إحداهن وتعيين الأنصباء في القسمة.

وقال الثوري وأبو ثور يجبرهما السلطان على أن يطلق كل واحد منهما طلقة فإن أبيا فرق بينهما، وهذا قريب من قولنا الأول لأنه تعذر إمضاء العقد الصحيح فوجب إزالة الضرر بالتفريق، وقال الشافعي وابن المنذر: النكاح مفسوخ لأنه تعذر إمضاؤه، وهذا لا يصح فإن العقد الصحيح لا يبطل بمجرد إشكاله كما لو اختلف المتبايعان في قدر الثمن فإن العقد لا يزول إلا بفسخه كذا ها هنا، وقد روي عن شريح وعمر بن عبد العزيز وحماد بن أبي سلمان أنها تخير فأيهما اختارته فهو زوجها وهذا غير صحيح فإن أحدهما ليس بزوج لها فلم تخير بينهما كما لو لم يعقد إلا أحدهما كما لو أشكل على الرجل امرأته في النساء أو على المرأة زوجها، إلا أن يريدوا بقولهم إنها إذا اختارت أحدهما فرق بينهما وبين الآخر ثم عقد المختار نكاحها فهذا حسن فإنه يستغنى بالتفريق بينها وبين أحدهما عن التفريق بينها وبينهما جميعاً وبفسخ أحد النكاحين عن فسخهما، فإن أبت أن تختار لم تجبر وكذلك ينبغي أنه إذا أقرع بينهما فوقعت القرعة لأحدهما لم تجبر على نكاحه لأنه لا يعلم أنه زوجها فيتعين إذاً فسخ النكاحين ولها أن تتزوج من شاءت منهما أو من غيرهما في الحال إن كان قبل الدخول وإن كان أحدهما دخل بها لم تنكح حتى تنقضي عدتها من وطئه.

فصل: فإن ادعى كل واحد منهما أنني السابق بالعقد ولا بينة لهما لم يقبل قوليهما. وإن أقرت المرأة لأحدهما لم يقبل إقرارها نص عليه أحمد وقال أصحاب الشافعي يقبل كما لو أقرت ابتداء.

ولنا: إن الخصم في ذلك هو الزوج الأخير فلم يقبل إقرارها في إبطال حقه كما لو أقرت عليه بطلاق وإن ادعى الزوجان على المرأة أنها تعلم السابق منهما فأنكرت لم تستحلف لذلك، وقال أصحاب الشافعي تستحلف بناء منهم على أن إقرارها مقبول، فإن فرق بينهما وبين أحدهما لاختيارها لصاحبه أو لوقوع القرعة له وأقرت له أن عقده سابق فينبغي أن يقبل إقرارها لأنهما اتفقا على ذلك من غير خصم منازع فأشبه ما لو لم يكن صاحب عقد آخر.

فصل: وإن علم أن العقدين وقعا معاً لم يسبق أحدهما الآخر فهما باطلان لا حاجة إلى فسخهما لأنهما باطلان من أصلهما ولا مهر لها على واحد منهما ولا ميراث لها منهما ولا يرثها واحد منهما كذلك وإن لم يعلم ذلك فسخ نكاحهما، فروي عن أحمد أنه يجب لها نصف المهر ويقترعان عليه، لأن عقد أحدهما صحيح وقد انفسخ نكاحه قبل الدخول فوجب عليه نصف مهرها كما لو خالعها، وقال أبو بكر لا مهر لها لأنهما مجبران على الطلاق فلم يلزمهما مهر كما لو فسخ الحاكم نكاح رجل لعسره أو عنته، وإن ماتت قبل الفسخ والطلاق فلأحدهما نصف ميراثها فيوقف الأمر حتى يصطلحا عليه ويحتمل أن يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف أنه المستحق وورث، وإن مات الزوجان فلها ربع ميراث أحدهما، فإن كانت قد أقرت أن أحدهما سابق بالعقد فلا ميراث لها من الآخر وهي تدعي ربع ميراث من أقرت له، فإن كان قد ادعى ذلك أيضاً دفع إليها ربع ميراثه، وإن لم يكن ادعى ذلك وأنكر الورثة فالقول قولهم مع إيمانهم فإن نكلوا قضي عليهم، وإن لم تكن المرأة أقرت بسبق أحدهما احتمل أن يحلف ورثة كل واحد منهما ويبرأ، واحتمل أن يقرع بينهما فمن خرجت قرعته فلها ربع ميراثه وقد روى حنبل عن أحمد في رجل له ثلاث بنات زوج إحداهن من رجل ثم مات الأب ولم يعلم أيتهن زوج يقرع بينهن فأيتهن أصابتها القرعة فهي زوجته، وإن مات الزوج فهي التي ترثه والله أعلم.

فصل: وإن ادعى كل واحد منهما أنه السابق فأقرت لأحدهما ثم فرق بينهما وقلنا بوجوب المهر وجب على المقر له دون صاحبه لإقراره لها به وإقرارها ببراءة صاحبه، وإن ماتا ورثت المقر له دون صاحبه كذلك، وإن ماتت هي قبلهما احتمل أن يرثها المقر له كما ترثه واحتمل أن لا يقبل إقرارها له كما لم تقبله في نفسها، وإن لم تقر لأحدهما إلا بعد موته فهو كما لو أقرت في حياته. وليس لورثة كل واحد منهما الإنكار لاستحقاقها لأن موروثه قد أقر لها بدعواه صحة نكاحها وسبقه بالعقد عليها وإن لم يقر لواحد منهما أقرع بينهما وكان لها ميراث من تقع عليه القرعة وإن كان أحدهما قد أصابها فإن كان هو المقر له أو كانت لم تقر لواحد منهما فلهما المسمى لأنه مقر لها به وهي لا تدعي سواه، وإن كانت مقرة للآخر فهي تدعي مهر المثل وهو يقر لها بالمسمى أو اصطلحا فلا كلام، وإن كان مهر

المثل أكثر حلف على الزائد وسقط فإن كان المسمى أكثر فهو مقر لها بالزيادة وهي تنكرها فلا تستحقها والله أعلم.

فصل: وإن ادعى زوجية امرأة ابتداء فأقرت له بذلك ثبت النكاح وتوارثا، وقال أبو الخطاب في ذلك روايتان والصحيح أنه مقبول لأنها رشيدة أقرت بعقد يلزمها حكمه فقبل إقرارها كما لو أقرت أن وليها باع أمتها قبل بلوغها فأنكر أبوها تزويجها لم يقبل إنكاره لأن الحق على غيره وقد أقر به وكذلك لو ادعى أنه تزوج امرأة بولي وشاهدين عينهما فأقرت المرأة بذلك وأنكر الشاهدان لم يلتفت إلى إنكارهما لأن الشهادة إنما يحتاج إليها مع الإنكار ويحتمل أن لا يقبل إقرارها مع إنكار أبيها لأن تزويجها إليه دونها فإن ادعى نكاحها فلم تصدقه حتى ماتت لم يرثها وإن مات قبلها فاعترفت بما قال ورثته لكمال الإقرار منهما بتصديقها وكذلك لو أقرت المرأة دونه فمات قبل أن يصدقها لم ترثه، وإن ماتت فصدقها ورثها لما ذكرنا.

مسألة: قال: (وإذا تزوج العبد بغير إذن سيده فنكاحه باطل).

أجمع أهل العلم على أنه ليس للعبد أن ينكح بغير إذن سيده، فإن نكح لم ينعقد نكاحه في قولهم جميعاً. وقال ابن المنذر: أجمعوا على أن نكاحه باطل والصواب ما قلنا إن شاء الله، فإنهم اختلفوا في صحته. فعن أحمد في ذلك روايتان. **أظهرهما**: أنه باطل، وهو قول عثمان وابن عمر، وبه قال شريح، وهو مذهب الشافعي، وعن أحمد: أنه موقوف على إجازة السيد فإن أجازه جاز، وإن رده بطل، وهو قول أصحاب الرأي. لأنه عقد يقف على الفسخ فوقف على الإجازة كالوصية.

ولنا: ما روى جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه فهو عاهر» رواه الأثرم وابن ماجة. وروى الخلال بإسناده عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه فهو زان» قال حنبل: ذكرت هذا الحديث لأبي عبد الله قال: هذا حديث منكر، ورواه أيضاً عن ابن عمر موقوفاً عليه من قوله ولأنه نكاح فقد شرطه فلم يصح كما لو تزوجها بغير شهود.

مسألة: قال: (فإن دخل بها فعلى سيده خمسا المهر كما قال عثمان رضي الله عنه إلا أن يجاوز الخمسان قيمته فلا يلزم سيده أكثر من قيمته أو يسلمه).

في هذه المسألة خمسة فصول. **الفصل الأول**: في وجوب المهر وله حالان:

أحدهما: أن لا يدخل بها فلا مهر لها لأنه عقد باطل فلا نوجب بمجرده شيئاً كالبيع الباطل. وهكذا سائر الأنكحة الفاسدة لا نوجب بمجردها شيئاً.

الحال الثاني: أن يصيبها فالصحيح من المذهب أن المهر يجب رواه عنه جماعة وروى عنه حنبل أنه لا مهر لها إذا تزوج العبد بغير إذن سيده، وهذا يمكن حمله على ما قبل الدخول فيكون موافقاً لرواية الجماعة ويمكن حمله على عمومه في عدم الصداق، وهو قول ابن عمر رواه الأثرم عن نافع قال: كان إذا تزوج مملوك لابن عمر بغير إذنه جلده الحد وقال للمرأة: إنك أبحت فرجك وأبطل صداقها ووجهه أنه وطىء امرأة مطاوعة في غير نكاح صحيح فلم يجب به مهر كالمطاوعة على الزنا. قال القاضي: هذا إذا كانا عالمين بالتحريم، فأما إن جهلت المرأة ذلك فلها المهر. لأنه لا ينقص عن وطء الشبهة ويمكن حمل هذه الرواية على أنه لا مهر لها في الحال بل يجب في ذمة العبد تنتفع به بعد العتق، وهو قول الشافعي الجديد. لأن هذا حق لزمه برضى من له الحق فكان محله الذمة كالدين. والصحيح أن المهر واجب لقوله عليه السلام: «أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل فإن أصابها فلها المهر بما استحل من فرجها» وهذا قد استحل فرجها فيكون مهرها عليه، ولأنه استوفى منافع البضع باسم النكاح فكان المهر واجباً كسائر الأنكحة الفاسدة.

الفصل الثاني: أن المهر يتعلق برقبته يباع فيه إلا بفدية السيد، وقد ذكرنا احتمالاً آخر، أنه يتعلق بذمة العبد. والأول أظهر. إلا أن الوطء أجري مجرى الجناية الموجبة للضمان بغير إذن المولى، ولذلك وجب المهر ها هنا وفي سائر الأنكحة القاسدة ولو لم تجر مجراها ما وجب شيء لأنه برضى المستحق والله أعلم.

الفصل الثالث: أن الواجب من المهر خمساه، وهو قول عثمان بن عفان رضي الله عنه وعمل به أبو موسى، وعن أحمد أنها إن علمت أنه عبد فلها خمسا المهر وإذا لم تعلم فلها المهر في رقبة العبد، وعنه أن الواجب مهر المثل، وهو قول أكثر الفقهاء لأنه وطء يوجب المهر فأوجب مهر المثل بكماله كالوطء في النكاح بلا ولي، وفي سائر الأنكحة الفاسدة، ووجه الأولى ما روى الإمام أحمد بإسناده عن حلاس أن غلاماً لأبي موسى تزوج بمولاة تيجان التيمي بغير إذن أبي موسى، فكتب في ذلك إلى عثمان، فكتب إليه عثمان أن فرق بينهما وخذ لها الخمسين من صداقها، وكان صداقها خمسة أبعرة، ولأن المهر أحد موجبي الوطء فجاز أن ينقص العبد فيه عن الحر كالحد فيه أو أحد العوضين في النكاح فينقص العبد كعدد المنكوحات.

الفصل الرابع: أنه يجب خمسا المسمى، لأنه صار فيه إلى قصة عثمان رضي الله عنه، وظاهرها أنه أوجب خمسي المسمى، ولهذا قال: وكان صداقها خمسة أبعرة ولأنه لو اعتبر مهر المثل أوجب جميعه كسائر قيم المتلفات ولأوجب القيمة وهي الأثمان دون الأبعرة، ويحتمل أنه يجب خمسا مهر المثل، لأنه عوض عن جناية فكان المرجع فيه إلى قيمة المحل كسائر أروش الجنايات وقيمة المحل مهر المثل.

الفصل الخامس: أن الواجب إن كان زائداً على قيمة العبد لم تلزم السيد الزيادة لأن الواجب عليه ما يقابل قيمة العبد. بدليل أنه لو سلم العبد لم يلزمه شيء فإذا أعطى القيمة فقد أعطى ما يقابل الرقبة فلم تلزمه زيادة عليه وإن كان الواجب أقل من قيمة العبد لم يلزمه أكثر من ذلك لأنه أرش الجناية فلا يجب عليه أكثر منها والخيرة في تسليم العبد وفدائه إلى السيد، وهذا قد ذكرناه في غير هذا الموضع بأبين من هذا.

فصل: إذا أذن السيد لعبده في تزويجه بمعينة، أو من بلد معين، أو من جنس معين، فنكح غير ذلك فنكاحه فاسد والحكم فيه كما ذكرنا، وإن أذن له في تزويج صحيح فنكح نكاحاً فاسداً فكذلك لأنه غير مأذون له فيه، وإن أذن له في النكاح وأطلق فنكح نكاحاً فاسداً. احتمل أن يكون كذلك. لأن الإذن في النكاح لا يتناول الفاسد، واحتمل أن يتناوله إذنه، لأن اللفظ بإطلاقه يتناوله، وإن أذن له في نكاح فاسد وحصلت الإصابة فيه فعلى سيده جميع المهر لأنه بإذنه والله أعلم.

مسألة: قال: (وإذا تزوج الأمة على أنها حرة فأصابها وولدت منه فالولد حر وعليه أن يفديهم والمهر المسمى ويرجع به على من غره ويفرق بينهما إن لم يكن ممن يجوز له أن ينكح الإماء، وإن كان ممن يجوز له أن ينكح فرضي بالمقام فما ولدت بعد الرضى فهو رقيق).

في هذه المسألة ستة فصول. **الفصل الأول**: أن النكاح لا يفسد بالغرور، وهو قول أبي حنيفة، وقال الشافعي في أحد قوليه: يفسد لأنه عقد على حرة ولم يوجد فأشبه ما لو قال بعتك هذا الفرس فإذا هو حمار.

ولنا: إن المعقود عليه في النكاح الشخص دون الصفات فلا يؤثر عدمها في صحته كما لو قال: زوجتك هذه البيضاء فإذا هي سوداء، أو هذه الحسناء فإذا هي شوهاء، وكذا يقول في الأصل الذي ذكره: إن العقد الذي ذكروه صحيح. لأن المعقود عليه العين المشار إليها وإن سلمناه فالفرق بينهما من وجهين. **أحدهما**: أن ثم فاتت الذات فإن ذات الفرس غير ذات الحمار، وها هنا اختلفا في الصفات. **والثاني**: أن البيع يؤثر فيه فوات الصفات بدليل أنه يرد بفوات أي شيء كان فيه نفع منها والنكاح بخلافه.

الفصل الثاني: أن أولاده أحرار منها بغير خلاف نعلمه لأنه اعتقد حريتها فكان أولاده أحراراً لاعتقاده ما يقتضي حريتهم كما لو اشترى أمة يعتقدها ملكاً لبائعها فبانت مغصوبة بعد أن أولدها.

الفصل الثالث: أن على الزوج فداء أولاده كذلك قضى عمر رضي الله عنه وعلي وابن عباس رضي الله عنهما، وهو قول مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي، وعن أحمد

رواية أخرى ليس عليه فداؤهم. لأن الولد ينعقد حر الأصل فلم يضمنه لسيد الأمة لأنه لم يملكه وعنه أنه يقال له: افد أولادك وإلا فهم يتبعون أمهم. فظاهر هذا أنه خيره بين فدائهم وبين تركهم رقيقاً. لأنهم رقيق بحكم الأصل فلم يلزمه فداؤهم كما لو وطئها وهو يعلم رقها وقال الخلال: اتفق عن أبي عبد الله أنه يفدي ولده وقال إسحاق عنه في موضع: إن الولد له وليس عليه أن يفديهم وأحسبه قولاً أول لأبي عبد الله والصحيح أن عليه فداءهم لقضاء الصحابة به. ولأنه نماء الأمة المملوكة فسبيله أن يكون مملوكاً لمالكها وقد فوت رقه باعتقاد الحرية فلزمه ضمانهم كما لو فوت رقهم بفعله وفي فدائهم ثلاث مسائل.

المسألة الأولى: في وقته وذلك حين وضع الولد، قضى بذلك عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم وهو قول الشافعي وقال أبو ثور والثوري وأصحاب الرأي يضمنهم بقيمتهم يوم الخصومة لأنه إنما يضمنهم بالمنع ولم يمنعهم إلا حال الخصومة.

ولنا: إنه محكوم بحريته عند الوضع فوجب أن يضمنه. لأنه فات رقه من حينئذ، ولأن القيمة التي تزيد بعد الوضع لم تكن مملوكة لمالك الأمة فلم يضمنها كما بعد الخصومة فإن قيل فقد كان محكوماً بحريته وهو حين قلنا إلا أنه لم يمكن تضمينه حينئذ لعدم قيمته والاطلاع عليه فأوجبنا ضمانه في أول حال يمكن تضمينه وهو حال الوضع.

المسألة الثانية: في صفة الفداء وفيها ثلاث روايات. إحداهن: بقيمتهم وهو قول أكثر الفقهاء لقول النبي ﷺ من أعتق شقصاً من عبد قوم عليه نصيب شريكه ولأن الحيوان من المتقومات لا من ذوات الأمثال فيجب ضمانه بقيمته كما لو أتلفه.

والثانية: يضمنهم بمثلهم عبيداً الذكر بذكر والأنثى بأنثى لما روى سعيد بن المسيب قال أبقت جارية لرجل من العرب وانتمت إلى بعض العرب فتزوجها رجل من بني عذرة ثم إن سيدها دب فاستاقها واستاق ولدها فاختصموا إلى عمر رضي الله عنه فقضى للعذري بفداء ولده بغرة غرة مكان كل غلام ومكان كل جارية بجارية وكان عمر يقوم الغرة على أهل القرى ومن لم يجد غرة ستين ديناراً ولأن ولد المغرور حر فلا يضمن بقيمته كسائر الأحرار فعلى هذه الرواية ينبغي أن ينظر إلى مثلهم في الصفات تقريباً لأن الحيوان ليس من ذوات الأمثال ويحتمل أن يجب مثلهم في القيمة وهو قول أبي بكر.

الثالثة: هو مخير بين فدائهم بمثلهم أو قيمتهم قال أحمد في رواية الميموني إما القيمة أو رأس برأس لأنهما جميعاً يرويان عن عمر ولكن لا أدري أي الإسنادين أقوى وهذا اختيار أبي بكر وقال في المقنع الفدية غرة بغرة بقدر القيمة أو القيمة وأيها أعطى أجزأه ووجه ذلك

أنه تردد بين الجنين الذي يضمن بغرة وبين إلحاقه بغيره من المضمونات فاقتضى التخيير بينهما والصحيح أنه يضمن بالقيمة كسائر المضمونات المتقومات وقول عمر قد اختلف عنه فيه قال أحمد في رواية أبي طالب وعليه قيمتهم مثل قول عمر وإذا تعارضت الروايات عنه وجب الرجوع إلى القياس.

المسألة الثالثة: فيمن يضمن منهم وهو من ولد حياً لوقت يعيش لمثله سواء عاش أو مات بعد ذلك وقال مالك والثوري وأبو ثور وأصحاب الرأي لا ضمان على الأب لمن مات منهم قبل الخصومة وهذا مبني على وقت الضمان وقد ذكرناه فأما السقط ومن ولد لوقت لا يعيش في مثله وهو دون ستة أشهر فلا ضمان لأنه لا قيمة له.

الفصل الرابع: في المهر ولا يخلو أن يكون ممن يجوز له نكاح الإماء أو لا فإن كان ممن يجوز له نكاح الإماء وقد نكحها نكاحاً صحيحاً فلها المسمى وإن لم يدخل بها واختار الفسخ فلا مهر لها لأن الفسخ تعذر من جهتها فهي كالمعيبة يفسخ نكاحها وإن كان ممن لا يجوز له نكاح الإماء فالعقد فاسد من أصله ولا مهر فيه قبل الدخول فإن دخل بها فعليه مهرها وهل يجب المسمى أو مهر المثل؟ على روايتين ذكرناهما فيما مضى وكذلك إن كان ممن يجوز له نكاح الإماء لكن تزوجها بغير إذن سيدها أو نحو ذلك مما يفسد به النكاح.

الفصل الخامس: أنه يرجع بما غرمه على من غره في المهر وقيمة الأولاد وهذا اختاره الخرقي ورواية عن أحمد قال ابن المنذر كذلك قضى عمر وعلي وابن عباس وبه قال الشافعي في القديم والرواية الأخرى لا يرجع بالمهر وهو اختيار أبي بكر قال وهو قول علي وبه قال الثوري وأبو ثور وأصحاب الرأي والشافعي في الجديد لأنه وجب عليه في مقابلة نفع وصل إليه وهو الوطء فلم يرجع به كما لو اشترى مغصوباً فأكله بخلاف قيمة الولد فإنها لم تحصل في مقابلة عوض لأنها وجبت بحرية الولد وحرية الولد للولد لا لأبيه قال القاضي والمذهب أنه يرجع بالمهر لأن أحمد قال كنت أذهب إلى حديث علي ثم كأني هبته وكأني أميل إلى حديث عمر يعني في الرجوع ولأن العاقد ضمن له سلامة الوطء كما ضمن له سلامة الولد فكما يرجع عليه بقيمة الولد كذلك يرجع بالمهر قال وعلى هذا الأصل يرجع بأجرة الخدمة إذا غرمها كما يرجع بالمهر ولا أعرف عن أصحابنا بينهما فرقاً وقال إذا ثبت هذا فإن كان الغرور من السيد فقال هي حرة عتقت وإن كان بلفظ غير هذا لم تثبت به الحرية فلا شيء له لأنه لا فائدة في أن يجب له ما يرجع به عليه، وإن كان الغرور من وكيله رجع عليه في الحال، وإن كان من أجنبي رجع عليه أيضاً، وإن كان منها فليس لها في الحال مال فيتخرج فيها وجهان بناء على دين العبد بغير إذن سيده هل يتعلق برقبته أو بذمته يتبع به بعد العتق؟

قال القاضي قياس قول الخرقي أنه يتعلق بذمتها لأنه قال في الأمة إذا خالعت زوجها بغير إذن سيدها يتبعها به إذا عتقت كذا ها هنا ويتبعها بجميعه.

وظاهر كلام أحمد أن الغرور إذا كان من الأمة لم يرجع على أحد فإنه قال: إذا جاءت الأمة فقالت إني حرة فولت أمرها رجلاً فزوجها من رجل ثم ظهر عليها مولاها قال فكاك ولده على الأب لأنه لم يغره أحد، وأما إذا غره رجل فزوجها على أنها حرة فالفداء على من غره. يروى هذا عن علي وابراهيم وحماد وكذلك قال الشعبي، وإن قلنا يتعلق برقبتها فالسيد مخير بين فدائها بقيمتها إن كانت أقل مما يرجع به عليها أو يسلمها فإن اختار فداءها بقيمتها سقط قدر ذلك عن الزوج فإنه لا فائدة في أن نوجبه عليه ثم ترده إليه، وإن اختار تسليمها سلمها وأخذ ما وجب له وذكر القاضي أن الغرور الموجب للرجوع أن يكون اشتراط الحرية مقارناً للعقد فيقول زوجتكها على أنها حرة فإن لم تكن كذلك لم تملك الفسخ وهذا مذهب الشافعي والصحيح خلاف هذا قال لأن الصحابة الذين قضوا بالرجوع لم يفرقوا بين أنواع الغرور ولم يستفصلوا والظاهر أن العقد لم يقع هكذا ولم تجر العادة به في العقود فلا يجوز حمل قضائهم المطلق على صورة نادرة لم تنقل ولأن الغرور قد يكون من المرأة ولا لفظ لها في العقد ولأنه متى أخبره بحريتها أو أوهمه ذلك بقرائن تغلب على ظنه حريتها فنكحها على ذلك ورغب فيها بناء عليه وأصدقها صداق الحرائر ثم لزمه الغرم فقد استضر بناء على قول المخبر له والغار فتجب إزالة الضرر عنه بإثبات الرجوع على من غره وأضر به فعلى هذا إن كان الغرور من اثنين أو أكثر فالرجوع على جميعهم وإن كان الغرر منها ومن الوكيل فعلى كل واحد منهما نصفه والله أعلم.

الفصل السادس: أن الزوج إن كان ممن يحرم عليه نكاح الإماء وهو ممن يجد الطول أو لا يخشى العنت فإنه يفرق بينهما لأننا بينا أن النكاح فاسد من أصله لعدم شرطه وهكذا لو كان تزويجها بغير إذن سيدها أو اختل شرط من شروط النكاح فهو فاسد يفرق بينهما والحكم في الرجوع على ما ذكرنا، وإن كان ممن يجوز له نكاح الإماء وكانت شرائط النكاح مجتمعة فالعقد صحيح وللزوج الخيار بين الفسخ والمقام على النكاح وهذا معنى قول الخرقي فرضي بالمقام معها وهذا الظاهر من مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة لا خيار له لأن الكفاءة غير معتبرة في جانب المرأة لأنه يملك الطلاق.

ولنا: إنه عقد غر فيه أحد الزوجين بحرية الآخر فثبت له الخيار كالآخر لأن الكفاءة وإن لم تعتبر لأن عليه ضرراً في استرقاق ولده ورق امرأته وذلك أعظم من فقد الكفاءة، فأما الطلاق فلا يندفع به الضرر فإنه يسقط نصف المسمى والفسخ يسقط جميعه فإذا فسخ قبل الدخول فلا مهر لها، وإن رضي بالمقام معها فله ذلك لأنه يحل له نكاح الإماء وما ولدت بعد ذلك فهو رقيق لسيدها لأن المانع من رقهم في الغرور اعتقاد الزوج حريتها وقد

زال ذلك بالعلم، ولو وطئها قبل علمه فعلقت منه ثم علم قبل الوضع فهو حر لأنه وطئها يعتقد حريتها.

فصل: والحكم في المدبرة وأم الولد والمعتقة بصفة كالأمة القن لأنها ناقصة بالرق إلا أن ولد أم الولد والمدبرة يقوم كأنه عبد له حكم أمه وكذلك من أعتق بعضها إلا أنه إذا فدى الولد لم يلزمه إلا فداء ما فيه من الرق لأن بقيته حر بحرية أمه لا باعتقاد الوطء فإن كانت مكاتبة فكذلك إلا أن مهرها لها لأنه من كسبها وكسبها لها وتجب قيمة ولدها على الرواية المشهورة، قال أبو بكر ويكون ذلك لها تستعين به في كتابتها، فإن كان الغرور منها فلا شيء لها إذ لا فائدة في إيجاب شيء لها يرجع به عليها وإن كان الغرور من غيرها غرمه لها ويرجع به على من غره.

فصل: ولا يثبت أنها أمة بمجرد الدعوى فإن قام بذلك بينة ثبت، وإن أقرت أنها أمة فقال أحمد في رواية أبي الحارث لا يستحقها بإقرارها وذلك لأن إقرارها يزيل النكاح عنها ويثبت حقاً على غيرها فلم يقبل كإقرارها بمال على غيرها، وقال في رواية حنبل لا شيء له حتى يثبت أو تقر هي أنها أمة فظاهر هذا أنه يقبل إقرارها لأنها مقرة على نفسها بالرق أشبه غير الزوجة والأول أولى ولا نسلم أنه يقبل من غير ذات الزوج إقرارها بالرق بعد إقرارها بالحرية لأنها أقرت بما يتعلق به حق الله تعالى.

فصل: إذا حملت المغرور بها فضرب بطنها ضارب فألقت جنيناً ميتاً فعلى الضارب غرة لأن هذا الجنين محكوم بحريته ويرثها ورثته من كانوا، وعلى الضارب كفارة القتل وإن كان الضارب أباه لم يرثه وورثه أقاربه ولا يجب بذل هذا الولد للسيد لأنه إنما يستحق بذل حي وهذا ميت، ويحتمل أن يجب له عشر قيمة أمه لأن الواطىء فوت ذلك عليه باعتقاد الحرية ولولاه لوجب له ذلك.

فصل: إذا تزوجت المرأة عبداً على أنه حر فالنكاح صحيح وهذا قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لأن اختلاف الصفة لا يمنع صحة العقد كما لو تزوج أمة على أنها حرة وهذا إذا كملت شروط النكاح وكان ذلك بإذن سيده، وإن كانت المرأة حرة وقلنا الحرية ليست من شروط الكفاءة أو إن فقد الكفاءة لا يبطل النكاح فهو صحيح وللمرأة الخيار بين الفسخ والإمضاء فإن اختارت إمضاءه فلأوليائها الاعتراض عليها لعدم الكفاءة، وإن كانت أمة فينبغي أن يكون لها الخيار أيضاً لأنه لما ثبت الخيار للعبد إذا غر من أمة ثبت للأمة إذا غرت بعبد وكل موضع حكمنا بفساد العقد ففرق بينهما قبل الدخول فلا مهر لها وإن كان بعده فلها مهر المثل أو المسمى على ما قدمنا من الاختلاف، وكل موضع فسخ النكاح مع القول بصحته قبل الدخول فلا شيء لها، وإن كان بعده فلها المسمى لأنه فسخ طرأ على نكاح فأشبه الطلاق.

فصل: فإن غرها بنسب فبان دونه وكان ذلك مخلاً بالكفاءة وقلنا بصحة النكاح فلها الخيار فإن اختارت الإمضاء فلأوليائها الاعتراض عليها وإن لم يخل بالكفاءة فلا خيار لها لأن ذلك ليس بمعتبر في النكاح فأشبه ما لو شرطه فقيهاً فبان بخلافه وكذلك إن شرطت غير النسب فإن كان مما يعتبر في الكفاءة فهو كما لو تبين أنه غير مكافىء لها في النسب، وإن لم يعتبر في الكفاءة كالفقه والجمال وأشباه ذلك فلا خيار لها لأن ذلك مما لا يعتبر في النكاح فلا يؤثر اشتراطه، وذكر فيما إذا بان نسبه دون ما ذكر وجه في ثبوت الخيار لها إن لم يخل بالكفاءة والأولى ما ذكرناه والله أعلم.

مسألة: قال: (وإذا كان المغرور عبداً فولده أحرار ويفديهم إذا عتق ويرجع به على من غرّه).

وجملة ذلك أن المغرور إذا كان عبداً فولده أحرار، وقال أبو حنيفة: يكون رقيقاً لأن أبويه رقيق وليس ذلك بصحيح فإنه وطئها معتقداً حريتها فكان ولده حراً كولد الحر فإن هذا هو العلة المقتضية للحرية في محل الوفاق ولولا ذلك لكان رقيقاً فإن علة رق الولد رق الأم خاصة ولا عبرة بحال الأب بدليل ولد الحر من الأمة وولد الحر من العبد وعلى العبد فداؤهم لأنه فوت رقهم باعتقاده وفعله ولا مال له في الحال فيخرج في ذلك وجهان:

أحدهما: يتعلق برقبته بمنزلة جنايته. **والثاني:** بذمته يتبع به بعد العتق بمنزلة عوض الخلع من الأمة إذا بذلته بغير إذن سيدها ويفارق الاستدانة والجناية لأنه إذا استدان أتلف مال الغريم فكان جناية منه وها هنا لم يجن في الأولاد جناية وإنما عتقوا من طريق الحكم وما حصل له منهم عوض فيكون ذلك في ذمته يتبع به بعد العتق ويرجع به حين يغرمه فإنه لا ينبغي أن يجب له بذل ما لم يفت عليه. وأما الحرية فتتعجل في الحال، وإن قلنا إن الفداء يتعلق برقبته وجب في الحال ويرجع به سيده في الحال ويثبت للعبد الخيار إذا علم كما ثبت للحر لمن يحل له نكاح الإماء لأن عليه ضرراً في رق ولده ونقصاً في استمتاعه فإنها لا تبيت معه ليلاً ونهاراً ولم يرض به. ويحتمل أن لا يثبت له خيار لأنه فقد صفة لا ينقص بها عن رقبته فأشبه ما لو شرط نسب امرأة فبانت بخلافه لأنها مساوية لنسبه بخلاف تغرير الحر).

وقال بعض الشافعية لا خيار له قولاً واحداً، وقال بعضهم فيه قولان والأولى ما ذكرناه. وإذا اختار الإقامة فالمهر واجب لا يرجع به على أحد، وإن اختار الفسخ قبل الدخول فلا مهر وإن كان بعده والنكاح بإذن سيده فالمهر واجب عليه وفي الرجوع به خلاف ذكرناه فيما مضى وإن كان بغير إذنه فالنكاح فاسد فإن دخل بها ففي قدر ما يجب عليه وجهان. **أحدهما:** مهر المثل. **والثاني:** الخمسان، وهل يرجع به؟ على وجهين.

فصل: فإن شرط أنها مسلمة فبانت كافرة فله الخيار لأنه نقص وضرر يتعدى إلى الولد فأشبه ما لو شرطها حرة فبانت أمة.

فصل: فإن شرطها بكراً فبانت ثيباً فعن أحمد كلام يحتمل أمرين. أحدهما: لا خيار له لأن النكاح لا يرد فيه بعيب سوى ثمانية عيوب فلا يرد منه بمخالفة الشرط. والثاني: له الخيار لأنه شرط صفة مقصودة فبان خلافها فيثبت له الخيار كما لو شرط الحرية وعلى هذا لو شرطها ذات نسب فبانت دونه أو شرطها بيضاء فبانت سوداء أو شرطها طويلة فبانت قصيرة أو حسناء فبانت شوهاء خرج في ذلك كله وجهان ونحو هذا مذهب الشافعي.

وقال أبو ثور: القياس أن له الرد إن كان فيه اختلاف وإن كان إجماعاً فالإجماع أولى من النظر قال ابن المنذر لا أعلم أحداً وافق أبا ثور على مقالته، وممن ألزم الزوج من هذه صفتها الثوري والشافعي وأحمد وإسحاق وأصحاب الرأي. وروى الزهري أن رجلاً تزوج امرأة فلم يجدها عذراء كانت الحيضة خرقت عذرتها فأرسلت إليه عائشة أن الحيضة تذهب العذرة يقيناً. وعن الحسن والشعبي وابراهيم في الرجل إذا لم يجد امرأته عذراء ليس عليه شيء العذرة تذهبها الوثبة وكثرة الحيض والتعيش والحمل الثقيل والله أعلم.

فصل: وإذا تزوج امرأة يظنها حرة فبانت أمة أو يظنها مسلمة فبانت كافرة أو تزوجت عبداً تظنه حراً فلهم الخيار كما لو شرط ذلك نص عليه أحمد في امرأة تزوجت عبداً تظنه حراً فلها الخيار، وقال الشافعي في الأمة لا خيار له وفي الكافرة له الخيار. وقال بعضهم فيهما جميعاً قولان.

ولنا: إن بعض الرق أعظم ضرراً فإنه يؤثر في رق ولده ويمنع كمال استمتاعه فكان له الخيار كما لو كانت كافرة.

فصل: وإن شرطها أمة فبانت حرة أو ذات نسب فبانت أشرف منه أو على صفة دنيئة فبانت خيراً من شرطه أو كافرة فبانت مسلمة فلا خيار له في ذلك لأنه زيادة. وقال أبو بكر له الخيار إذا بانت مسلمة لأنه قد يكون له غرض في عدم وجوب العبادات والأول أولى.

فصل: وكل موضع ثبت له الخيار ففسخ قبل الدخول فلا مهر عليه وإن فسخ بعده وكان التغرير ممن له المهر فلا شيء عليه أيضاً، وإن كان من غيره فعليه المهر يدفعه ثم يرجع به على الغار فإن كان التغرير من أوليائها رجع عليهم وإن علم بعضهم احتمل أن يرجع عليه وحده لأنه الغار واحتمل أن يرجع على جميعهم لأن حقوق الآدميين في العمد والسهو سواء.

مسألة: قال: (وإذا قال قد جعلت عتق أمتي صداقها بحضرة شاهدين فقد ثبت

العتق والنكاح وإذا قال أشهد أني قد أعتقتها وجعلت عتقها صداقها كان العتق والنكاح أيضاً ثابتين سواء تقدم القول العتق أو تأخر إذا لم يكن بينهما فصل فإن طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمتها).

في هذه المسألة خمسة فصول:

الفصل الأول: أن ظاهر المذهب أن الرجل إذا أعتق أمته وجعل عتقها صداقها فهو نكاح صحيح نص عليه أحمد في رواية جماعة وروي ذلك عن علي رضي الله عنه وفعله أنس بن مالك وبه قال سعيد بن المسيب وأبو سلمة بن عبد الرحمن والحسن والزهري وإسحاق وقال الأوزاعي يلزمها أن تتزوجه وروى المروذي عن أحمد إذا أعتق أمته وجعل عتقها صداقها يوكل رجلاً يزوجه وظاهر هذا أنه لم يحكم بصحة النكاح وقال أبو الخطاب هي الصحيحة واختارها القاضي وابن عقيل وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لأنه لم يوجد إيجاب وقبول فلم يصح لعدم أركانه كما لو قال أعتقتك وسكت ولأنها بالعتق تملك نفسها فيجب أن يعتبر رضاها كما لو فصل بينهما ولأن العتق يزيل ملكه عن الاستمتاع بحق الملك فلا يجوز أن يستبيح الوطء بالمسمى فإنه لو قال بعتك هذه الأمة على أن تزوجنيها بالثمن لم يصح.

ولنا: ما روى أنس «أن رسول الله ﷺ أعتق صفية وجعل عتقها صداقها» متفق عليه وفي لفظ «أعتقها وتزوجها» فقلت: يا أبا حمزة ما أصدقها؟ قال نفسها عتقها وروى الأثرم بإسناده عن صفية قالت أعتقني رسول الله ﷺ وجعل عتقي صداقي وبإسناده عن علي رضي الله عنه أنه كان يقول إذا أعتق الرجل أم ولده فجعل عتقها صداقها فلا بأس بذلك ومتى ثبت العتق صداقاً ثبت النكاح لأن الصداق لا يتقدم النكاح ولو تأخر العتق عن النكاح لم يجز فدل على أنه انعقد بهذا اللفظ ولأنه لم ينقل عن النبي ﷺ أنه استأنف عقداً ولو استأنفه لظهر ونقل كما نقل غيره ولأن من جاز له تزويج امرأة لغيره من غير قرابة جاز له أن يتزوجها كالإمام وقولهم لم يوجد إيجاب ولا قبول عديم التأثير فإنه لو وجد لم يحكموا بصحته وعلى أنه إن لم يوجد فقد وجد ما يدل عليه وهو جعل العتق صداقاً فأشبه ما لو تزوج امرأة هو وليها وكما لو قال الخاطب للولي أزوجت؟ فقال نعم وقال للزوج أقبلت؟ قال نعم عند أصحابنا وكما لو أتى بالكنايات عند أبي حنيفة ومن وافقه.

الفصل الثاني: أن النكاح ينعقد بقوله: أعتقتك وجعلت عتقك صداقك وتزوجتك، وبذلك خالياً عن قوله: وتزوجتك وهذا لفظ الخرقي هو الذي جاء في حديث أنس، وبقوله جعلت عتقك صداقك وجعلت صداقك عتقك وهذا معنى قول الخرقي سواء تقدم العتق أو تأخر ونص أحمد على هذا في رواية صالح إذا قال جعلت عتقك صداقك أو صداقك عتقك كل ذلك جائز.

الفصل الثالث: أن لا يكون بينهما فصل ولو قال أعتقتك وسكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه أو تكلم بكلام أجنبي ثم قال جعلت عتقك صداقك لم يصح النكاح لأنها صارت بالعتق حرة فيحتاج إلى تزويجها برضاها بصداق جديد.

الفصل الرابع: أنه لا بد من شاهدين إذا قلنا باشتراط الشهادة في النكاح نص عليه أحمد في رواية الجماعة وذلك لقوله «لا نكاح إلا بولي وشاهدين».

الفصل الخامس: أنه إذا طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمتها لأن الطلاق قبل الدخول يوجب الرجوع في نصف ما فرض لها وقد فرض لها نفسها ولا سبيل إلى الرجوع في الرق بعد زواله فرجع بنصف قيمة نفسها وبهذا قال الحسن والحكم. وقال الأوزاعي: يرجع بربع قيمتها.

ولنا: إنه طلاق قبل الدخول فأوجب الرجوع النصف كسائر الطلاق وتعتبر القيمة حالة الإعتاق لأنها حالة الإتلاف فإن لم تكن قادرة على نصف القيمة فهل تستسعى فيها أو تكون ديناً تنظر به إلى حال القدرة؟ على روايتين وإن قلنا إن النكاح لا ينعقد بهذا القول فعليها قيمة نفسها لأنه أزال ملكه بعوض لم يسلم له فرجع إلى قيمة المفوت كالبيع الفاسد وكذلك إن قلنا إن النكاح انعقد به فارتدت قبل الدخول أو فعلت ما ينفسخ به نكاحها مثل إن أرضعت زوجة له صغيرة ونحو ذلك انفسخ نكاحها وعليها قيمة نفسها.

فصل: وإن قال لأمته أعتقتك على أن تزوجيني نفسك ويكون عتقك صداقك أو لم يقل ويكون عتقك صداقك فقبلت عتقت ولم يلزمها أن تزوجه نفسها لأنه سلف في نكاح فلم يلزمها كما لو كان أسلف حرة ألفاً على أن يتزوجها ولأنها أسقطت حقها من الخيار قبل وجود سببه فلم يسقط كالشفيع يسقط شفعته قبل البيع ويلزمها قيمة نفسها أومأ إليه أحمد في رواية عبد الله وهو مذهب الشافعي لأنه أزال ملكه منها بشرط عوض لم يسلم له فاستحق الرجوع بقيمته كالبيع الفاسد إذا تلفت السلعة في يد المشتري والنكاح الفاسد إذا اتصل به الدخول، ويحتمل أن لا يلزمها شيء بناء على ما إذا قال لعبده أعتقتك على أن تعطيني ألفاً. وهذا قول مالك وزفر لأن هذا ليس بلفظ شرط. فأشبه ما لو قال أعتقتك وزوجيني نفسك وتعتبر القيمة حالة العتق ويطالبها بها في الحال إن كانت قادرة عليها، وإن كانت معسرة فهل تنظر إلى الميسرة أو تجبر على الكسب؟ على روايتين أصلهما في المفلس هل يجبر على الكسب؟ على روايتين.

فصل: وإن اتفق السيد وأمته على أن يعتقها وتزوجه نفسها فتزوجها على ذلك صح ولا مهر لها غير ما شرط من العتق وبه قال أبو يوسف وقال أبو حنيفة والشافعي لا يكون

العتق صداقاً لكن إن تزوجها على القيمة التي له في ذمتها وهما يعلمان القيمة صح الصداق.

ولنا: إن العتق صلح صداقاً في حق النبي ﷺ فيجوز في حق أمته كالدراهم ولأنه يصلح عوضاً في البيع فإنه لو قال أعتق عبدك على ألف جاز فلأن يكون عوضاً في النكاح أولى فإن النكاح لا يقصد فيه العوض وعلى هذا لو تزوجها على أن يعتق أباها صح نص عليه أحمد في رواية عبد الله.

إذا ثبت هذا: فإن العتق يصير صداقاً كما لو دفع إليها مالاً ثم تزوجها عليه فإن بذلت له نفسها ليتزوجها فامتنع لم يجبر وكانت له القيمة لأنها إذا لم تجبر على تزويجه نفسها لم يجبر هو على قبولها، وحكم المدبرة والمعتقة بصفة وأم الولد حكم الأمة القن في جميع ما ذكرناه.

فصل: فإن أعتقت امرأة عبدها بشرط أن يتزوجها عتق ولا شيء عليه لأن النكاح يحصل به الملك للزوج وليس بمملوك به فإذا اشترطت عليه إثبات الملك له لم يلزمه ذلك كما لو اشترطت عليه أن تملكه داراً ولو أراد العبد تزوجها لم تجبر لأن الشرط لها فلا يوجب عليها كما لو شرط السيد على أمته أن تزوجه نفسها لم يلزمه ذلك.

فصل: ولا بأس أن يعتق الرجل الأمة ثم يتزوجها سواء أعتقها لوجه الله تعالى أو أعتقها ليتزوجها، وكره أنس تزويج من أعتقها لله تعالى قال الأثرم قلت لأبي عبد الله: روى شعبة عن قتادة عن أنس: أنه كره أن يعتق الأمة ثم يتزوجها؟ فقال نعم قال إذا أعتقها لله كره أن يرجع في شيء منها.

ولنا: ما روى أبو موسى قال: قال رسول الله ﷺ: «من كانت عنده جارية فعلمها وأحسن إليها ثم أعتقها وتزوجها فذلك له أجران» متفق عليه ولأنه إذا تزوجها فقد أحسن إليها بإعفافها وصيانتها فلم يكره كما لو زوجها غيره وليس في هذا رجوع فيما جعل لله فإنه إنما يتزوجها بصداقها فهو بمنزلة من اشترى منها شيئاً.

. **فصل:** وإذا أراد أن يتزوجها بعد عتقها لم يحتج إلى استبراء سواء كان يطؤها أو لم يكن لأن الاستبراء لصيانة الماء ولا يصان ذلك عنه. فإن اشترى أمة فأعتقها قبل أن يستبرئها لم يحل له أن يتزوجها ولا يزوجها حتى يستبرئها لأنه كان واجباً فلا يسقط بإعتاقه له، قال أحمد في الرجل تكون له الأمة لا يطؤها فيعتقها: لا يتزوجها من يومها حتى يستبرئها فإن كان يطؤها فأعتقها تزوجها من يومه ومتى شاء لأنها في مائه، قال القاضي: معنى قوله: إن كان يطؤها: أي يحل له وطؤها وهي التي قد استبرأها.

وقوله: إن كان لا يطؤها أي لا يحل له وطؤها وهي التي لم يمض عليها زمان الاستبراء فلا يحل له تزوجها حتى يستبرئها، وإذا مضى لها بعض الاستبراء قبل عتقها أتمته بعده، ولا يلزمه استئناف الاستبراء لأن الاستبراء وجب بالشراء لا بالعتق فيحسب ابتداؤه من حين وجد سببه.

فصل: وإن قال أعتق عبدك على أن أزوجك ابنتي فأعتقه لم يلزمه أن يزوجه ابنته لأنه سلف في النكاح وعليه قيمة العبد، وقال الشافعي في أحد قوليه لا يلزمه شيء لأنه لا فائدة له في العتق.

ولنا: إنه أزال ملكه عن عبده بعوض شرطه فلزمه عوضه كما لو قال أعتق عبدك عني وعلي ثمنه وكما لو قال طلق زوجتك وعلي ألف فطلقها أو قال ألق متاعك في البحر وعلي ثمنه وبهذه الأصول يبطل قولهم إنه لا فائدة له في العتق.

مسألة: قال: (وإذا قال الخاطب للولي أزوجت فقال نعم وقال للزوج أقبلت قال نعم فقد انعقد النكاح إذا حضره شاهدان).

وقال الشافعي: لا ينعقد حتى يقول معه زوجتك ابنتي ويقول الزوج قبلت هذا التزويج لأن هذين ركنا العقد ولا ينعقد بدونهما.

ولنا: إن نعم جواب لقوله أزوجت وقبلت والسؤال يكون مضمراً في الجواب معاداً فيه فيكون معنى نعم من الولي زوجته ابنتي ومعنى نعم من المتزوج قبلت هذا التزويج ولا احتمال فيه فيجب أن ينعقد به ولذلك لما قال الله تعالى: ﴿هَلْ وَجَدْتُّم مَا وَعَدَهُمْ رَبُّهُم حَقاً قَالُوا نَعَمْ﴾ [الأعراف: ٤٤] كان إقراراً منهم بوجدان ذلك أنهم وجدوا ما وعدهم ربهم حقاً، ولو قيل لرجل لي عليك ألف درهم قال نعم كان إقراراً صحيحاً لا يفتقر إلى نية ولا يرجع في ذلك إلى تفسيره وبمثله تقطع اليد في السرقة فوجب أن ينعقد به التزويج كما لو لفظ بذلك.

فصل: ولو قال زوجتك ابنتي فقال قبلت انعقد النكاح، وقال الشافعي في أحد قوليه: لا ينعقد حتى يقول قبلت هذا النكاح أو هذا التزويج لأنه كناية في النكاح يفتقر إلى النية والإضمار، فلم ينعقد به كلفظ الهبة والبيع.

ولنا: إن القبول صريح في الجواب فانعقد به كما ينعقد به البيع وسائر العقود وقولهم يفتقر إلى النية ممنوع فإنه جواب فلا ينصرف إلا إلى المذكور.

فصل: وينعقد النكاح بلفظ الإنكاح والتزويج، والجواب عنهما إجماعاً وهما اللذان ورد بهما نص الكتاب في قوله سبحانه: ﴿زَوَّجْنَاكَهَا﴾ [الأحزاب: ٣٧] وقوله سبحانه: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٢٢] وسواء اتفقا من الجانبين أو اختلفا، مثل

أن يقول: زوجتك ابنتي هذه، فيقول: قبلت هذا النكاح، أو هذا التزويج ولا ينعقد بغير لفظ الإنكاح والتزويج، وبهذا قال سعيد بن المسيب وعطاء والزهري وربيعة والشافعي، وقال الثوري والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور وأبو عبيد وداود: ينعقد بلفظ الهبة والصدقة والبيع والتمليك، وفي لفظ الإجارة عن أبي حنيفة روايتان. وقال مالك: ينعقد بذلك إذا ذكر المهر، واحتجوا بأن النبي ﷺ زوج رجلاً امرأة فقال: «قد ملكتكها بما معك من القرآن» رواه البخاري ولأنه لفظ ينعقد به تزويج النبي ﷺ فانعقد به نكاح أمته كلفظ الإنكاح والتزويج ولأنه أمكن تصحيحه بمجازه فوجب تصحيحه كإيقاع الطلاق بالكنايات.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَٱمْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ ٱلنَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِنْ دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [الأحزاب: ٥٠] فذكر ذلك خالصاً لرسول الله ﷺ ولأنه لفظ ينعقد به غير النكاح كلفظ الإجارة والإباحة والإحلال، ولأنه ليس بصريح في النكاح فلا ينعقد به كالذي ذكرنا وهذا لأن الشهادة شرط في النكاح والكناية إنما تعلم بالنية ولا يمكن الشهادة على النية لعدم اطلاعهم عليها فيجب أن لا ينعقد، وبهذا فارق بقية العقود والطلاق، وأما الخبر فقد روي زوجتكها وأنكحتكها وزوجناكها من طرق صحيحة، والقصة واحدة والظاهر أن الراوي روى بالمعنى ظناً منه أن معناها واحد فلا تكون حجة وإن كان النبي ﷺ جمع بين الألفاظ فلا حجة لهم فيه لأن النكاح انعقد بأحدها والباقي فضلة.

فصل: ومن قدر على لفظ النكاح بالعربية لم يصح بغيرها وهذا أحد قولي الشافعي وعند أبي حنيفة ينعقد لأنه أتى بلفظه الخاص فانعقد به كما ينعقد بلفظ العربية.

ولنا: إنه عدل عن لفظ الإنكاح والتزويج مع القدرة. فلم يصح كلفظ الإحلال، فأما من لا يحسن العربية فيصح منه عقد النكاح بلسانه لأنه عاجز عما سواه، فسقط عنه كالأخرس ويحتاج أن يأتي بمعناهما الخاص بحيث يشتمل على معنى اللفظ العربي، وليس على من لا يحسن العربية تعلم ألفاظ النكاح بها، وقال أبو الخطاب عليه أن يتعلم لأن ما كانت العربية شرطاً فيه لزمه أن يتعلمها مع القدرة كالتكبير ووجه الأول أن النكاح غير واجب فلم يجب تعلم أركانه بالعربية كالبيع بخلاف التكبير، فإن كان أحد المتعاقدين يحسن العربية دون الآخر أتى الذي يحسن العربية بها والآخر يأتي بلسانه، فإن كان أحدهما لا يحسن لسان الآخر احتاج أن يعلم أن اللفظة التي أتى بها صاحبه لفظة الإنكاح أن يخبره بذلك ثقة يعرف اللسانين جميعاً.

فصل: فأما الأخرس فإن فهمت إشارته صح نكاحه بها لأنه معنى لا يستفاد إلا من جهة واحدة فصح بإشارته كبيعه وطلاقه ولعانه، وإن لم تفهم إشارته لم يصح منه كما لم

يصح غيره من التصرفات القولية، ولأن النكاح عقد بين شخصين ولا بد من فهم كل واحد منهما ما يصدر من صاحبه، ولو فهم ذلك صاحبه العاقد معه لم يصح حتى يفهم الشهود أيضاً لأن الشهادة شرط ولا يصح على ما لا يفهم، قال أحمد لا يزوجه وليه يعني إذا كان بالغاً لأن الخرس لا يوجب الحجر فهو كالصمم.

فصل: إذا تقدم القبول على الإيجاب لم يصح رواية واحدة سواء كان بلفظ الماضي مثل أن يقول تزوجت ابنتك فيقول زوجتك أو بلفظ الطلب كقوله زوجني ابنتك فيقول زوجتكها. وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي يصح فيهما جميعاً لأنه قد وجب الإيجاب والقبول فيصح كما لو تقدم الإيجاب.

ولنا: إن القبول إنما يكون للإيجاب فمتى وجد قبله لم يكن قبولاً لعدم معناه فلم يصح كما لو تقدم بلفظ الاستفهام، ولأنه لو تأخر عن الإيجاب بلفظ الطلب لم يصح فإذا تقدم كان أولى كصيغة الاستفهام ولأنه لو أتى بالصيغة المشروعة متقدمة فقال قبلت هذا النكاح فقال الولي زوجتك ابنتي لم يصح فلأن لا يصح إذا أتى بغيرها أولى، وأما البيع فلا يشترط فيه صيغة الإيجاب والقبول بل يصح بالمعاطاة. ولأنه لا يتعين فيه لفظ بل يصح بأي لفظ كان مما يؤدي المعنى ولا يلزم الخلع لأنه يصح تعليقه على الشروط.

فصل: وإذا عقد النكاح هازلاً أو تلجئة صح لأن النبي ﷺ قال: «ثلاث هزلهن جد وجدهن جد: الطلاق والنكاح والرجعة» رواه الترمذي. وعن الحسن قال: قال رسول الله ﷺ: «من نكح لاعباً أو طلق لاعباً أو أعتق لاعباً جاز» قال عمر أربع جائزات إذا تكلم بهن الطلاق والنكاح والعتاق والنذر. وقال علي أربع لا لعب فيهن: الطلاق والعتاق والنكاح والنذر.

فصل: إذا تراخى القبول عن الإيجاب صح ما داما في المجلس ولم يتشاغلا عنه بغيره لأن حكم المجلس حكم حالة العقد بدليل القبض فيما يشترط القبض فيه وثبوت الخيار في عقود المعاوضات. فإن تفرقا قبل القبول بطل الإيجاب فإنه لا يوجد معناه فإن الإعراض قد وجد من جهته بالتفرق فلا يكون قبولاً. وكذلك إن تشاغلا عنه بما يقطعه لأنه معرض عن العقد أيضاً بالاشتغال عن قبوله. وقد نقل أبو طالب عن أحمد في رجل مشى إليه قوم فقالوا له زوج فلاناً قال: قد زوجته على ألف فرجعوا إلى الزوج فأخبروه فقال قد قبلت هل يكون هذا نكاحاً؟ قال نعم، قال القاضي: هذا محمول على أنه وكل من قبل العقد في المجلس. وقال أبو بكر مسألة أبي طالب التوجه على قولين واختار أنه لا بد من القبول في المجلس وهو الصحيح إن شاء الله تعالى.

فصل: فإن أوجب النكاح ثم زال عقله بجنون أو إغماء بطل حكم الإيجاب ولم ينعقد

بالقبول بعده ما لم يضامه القبول لم يكن عقداً فبطل بزوال العقل كالعقود الجائزة تبطل بالموت والجنون، وهذا مذهب الشافعي. وإن زال عقله بنوم لم يبطل حكم الإيجاب لأنه لا يبطل العقود الجائزة فكذلك هذا.

فصل: ولا يثبت في النكاح خيار. وسواء في ذلك خيار المجلس وخيار الشرط. ولا نعلم أحداً خالف في هذا وذلك لأن الحاجة غير داعية إليه. فإنه لا يقع في الغالب إلا بعد ترو وفكر ومسألة كل واحد من الزوجين عن صاحبه والمعرفة بحاله بخلاف البيع الواقع في الأسواق من غير فكر ولا روية ولأن النكاح ليس بمعاوضة محضة. ولهذا لا يعتبر فيه العلم بالمعقود عليه برؤية ولا صفة ويصح من غير تسمية العوض ومع فساده ولأن ثبوت الخيار يفضي إلى فسخه بعد ابتذال المرأة فإن في فسخه بعد العقد ضرراً بالمرأة. ولذلك أوجب الطلاق قبل الدخول نصف الصداق.

فصل: ويستحب أن يخطب العاقد أو غيره قبل التواجب ثم يكون العقد بعده لقول النبي ﷺ: «كل أمر ذي بال لا يبدأ فيه بالحمد لله فهو أقطع» وقال: «كل خطبة ليس فيها شهادة فهي كاليد الجذماء» رواهما ابن المنذر ويجزىء من ذلك أن يحمد الله ويتشهد ويصلي على رسول الله ﷺ والمستحب أن يخطب بخطبة عبد الله بن مسعود التي قال علمنا رسول الله ﷺ التشهد في الصلاة والتشهد في الحاجة قال: التشهد في الحاجة أن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له وأشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله ويقرأ ثلاث آيات: ﴿وَٱتَّقُوا ٱللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسْلِمُونَ﴾ [آل عمران: ١٠٢] ﴿وَٱتَّقُوا ٱللَّهَ ٱلَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَٱلْأَرْحَامَ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيباً﴾ [النساء: ١] ﴿ٱتَّقُوا ٱللَّهَ وَقُولُوا قَوْلاً سَدِيداً، يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ﴾ [الأحزاب: ٧٠، ٧١] رواه أبو داود والترمذي. وقال حديث حسن قال الخلال حدثنا أبو سليمان إمام طرسوس. قال كان الإمام أحمد بن حنبل إذا حضر عقد نكاح فلم يخطب فيه بخطبة عبد الله بن مسعود قام وتركهم. وهذا كان من أبي عبد الله من المبالغة في استحبابها لا على الإيجاب. فإن حرب بن اسماعيل قال: قلت لأحمد فيجب أن تكون خطبة النكاح مثل قول ابن مسعود فوسع في ذلك. وقد روي عن ابن عمر أنه إذا كان دعي ليزوج قال لا تغضوا علينا الناس الحمد لله وصلى الله على محمد إن فلاناً يخطب إليكم فإن أنكحتموه فالحمد لله وإن رددتموه فسبحان الله. والمستحب خطبة واحدة يخطبها الولي أو الزوج أو غيرهما. وقال الشافعي المسنون خطبتان هذه التي ذكرناها في أوله وخطبة من الزوج قبل قبوله والمنقول عن النبي ﷺ، وعن السلف خطبة واحدة وهو أولى ما اتبع.

فصل: والخطبة غير واجبة عند أحد من أهل العلم علمناه إلا داود، فإنه أوجبها لما ذكرناه.

ولنا: إن رجلاً قال للنبي ﷺ يا رسول الله زوجنيها فقال رسول الله ﷺ: «زوجتكها بما معك من القرآن» متفق عليه ولم يذكر خطبة وخطب إلى عمر مولاة له فما زاد على أن قال أنكحتك على ما أمر الله على إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان. وقال جعفر بن محمد عن أبيه إن كان الحسين ليزوج بعض بنات الحسن وهو يتعرق العرق رواهما ابن المنذر وروى أبو داود بإسناده عن رجل من بني سليم قال خطبت إلى رسول الله ﷺ أمامة بنت عبد المطلب فأنكحني من غير أن يتشهد ولأنه عقد معاوضة فلم تجب فيه الخطبة كالبيع وما استدلوا به يدل على عدم الكمال بدون الخطبة لا على الوجوب.

فصل: ويستحب إعلان النكاح والضرب فيه بالدف قال أحمد يستحب أن يظهر النكاح ويضرب فيه بالدف حتى يشتهر ويعرف وقيل له ما الدف؟ قال: هذا الدف قال لا بأس بالغزل في العرس بمثل قول النبي ﷺ للأنصار: «أتيناكم أتيناكم فحيونا نحييكم لولا الذهب الأحمر ما حلت بواديكم. ولولا الحنطة السوداء ما سرت عذاريكم» لا على ما يصنع الناس اليوم ومن غير هذا الوجه «ولولا الحنطة الحمراء ما سمنت عذاريكم».

وقال أحمد أيضاً: يستحب ضرب الدف والضرب في الاملاك فقيل له ما الصوت؟ قال يتكلم ويتحدث ويظهر والأصل في هذا ما روى محمد بن حاطب قال: قال رسول الله ﷺ: «فصل ما بين الحلال والحرام الصوت والدف في النكاح» رواه النسائي. وقال عليه السلام: «أعلنوا النكاح ـ وفي لفظ ـ أظهروا النكاح» وكان يجب أن يضرب عليها بالدف، وفي لفظ: «واضربوا عليه بالغربال».

وعن عائشة أنها زوجت يتيمة رجلاً من الأنصار وكانت عائشة فيمن أهداها إلى زوجها قالت فلما رجعنا قال لنا رسول الله ﷺ: «ما قلتم يا عائشة؟ ـ قالت سلمنا ودعونا بالبركة ثم انصرفنا فقال: إن الأنصار قوم فيهم غزل ألا قلتم يا عائشة اتيناكم اتيناكم فحيانا وحياكم؟» روى هذا كله أبو عبد الله بن ماجة في سننه، وقال أحمد رحمه الله لا بأس بالدف في العرس والختان وأكره الطبل وهو المنكر وهو الكوبة التي نهى عنها النبي ﷺ.

فصل: فإن عقده بولي وشاهدين فأسروه أو تواصوا بكتمانه كره ذلك وصح النكاح وبه يقول أبو حنيفة والشافعي وابن المنذر وممن كره نكاح السر عمر رضي الله عنه وعروة وعبد الله بن عبيد الله بن عتبة والشعبي ونافع مولى ابن عمر، وقال أبو بكر عبد العزيز النكاح باطل لأن أحمد قال إذا تزوج بولي وشاهدين: لا حتى يعلنه وهذا مذهب مالك والحجة لهما ما تقدم في الفصل الذي قبل هذا.

ولنا: قوله «لا نكاح إلا بولي» مفهومه انعقاده بذلك وإن لم يوجد الإظهار ولأنه عقد معاوضة فلم يشترط إظهاره كالبيع وأخبار الإعلان يراد بها الاستحباب بدليل أمره فيها

بالضرب بالدف والصوت وليس ذلك بواجب فكذلك ما عطف عليه، وقول أحمد: لا، نهي كراهة فإنه قد صرح فيما حكينا عنه قبل هذا باستحباب ذلك ولأن إعلان النكاح والضرب فيه بالدف إنما يكون في الغالب بعد عقده ولو كان شرطاً لاعتبر حالة العقد كسائر الشروط.

فصل: ويستحب عقد النكاح يوم الجمعة لأن جماعة من السلف استحبوا ذلك منهم سمرة بن حبيب وراشد بن سعيد وحبيب بن عتبة ولأنه يوم شريف ويوم عيد فيه خلق الله آدم عليه السلام والمساية أولى بأن أبا حفص روى بإسناده عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «مسوا بالأملاك فإن أعظم للبركة» ولأنه أقرب إلى مقصوده وأقل لانتظاره.

فصل: ويستحب أن يقال للمتزوج بارك الله لك وبارك عليك وجمع بينكما في خير وعافية. وقد روي أن النبي ﷺ رأى على عبد الرحمن أثر صفرة فقال: «ما هذا؟ فقال: إني تزوجت امرأة على وزن نواة من ذهب قال: بارك الله لك أولم ولو بشاة» متفق عليه قال بعض أهل العلم وزن النواة خمسة دراهم وذلك ثلاثة مثاقيل ونصف من الذهب وقال المبرد الصواب عند أهل العلم بالعربية أن يقال على نواة فحسب فإن النواة عندهم اسم خمسة دراهم كما أن الأوقية أربعون درهماً والنش عشرون والله أعلم.

فصل: ويستحب أن يقول إذا زفت إليه ما روى صالح بن أحمد في مسألة عن أبيه حدثنا داود عن أبي نضرة عن أبي سعيد مولى أبي أسيد قال: «تزوج فحضره عبد الله بن مسعود وأبو ذر وحذيفة وغيرهم من أصحاب رسول الله ﷺ فحضرت الصلاة فقدموه وهو مملوك فصلى بهم ثم قالوا له إذا دخلت على أهلك فصل ركعتين ثم خذ برأس أهلك فقل اللهم بارك لي في أهلي وبارك لأهلي فيَّ وارزقهم مني وارزقني منهم ثم شأنك وشأن أهلك» وروى أبو داود بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا تزوج أحدكم امرأة واشترى خادماً فليقل اللهم إني أسألك خيرها وخير ما جبلتها عليه وأعوذ بك من شرها وشر ما جبلتها عليه وإذا اشترى بعيراً فليأخذ بذروة سنامه وليقل مثل ذلك».

مسألة: قال: (وليس للحر أن يجمع بين أكثر من أربع زوجات).

أجمع أهل العلم على هذا ولا نعلم أحداً خالفه إلا شيئاً يحكى عن ابن القاسم بن ابراهيم أنه أباح تسعاً لقول الله تعالى: ﴿فَٱنكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾ [النساء: ٣] والواو للجمع ولأن النبي ﷺ مات عن تسع وهذا ليس بشيء لأنه خرق للإجماع وترك للسنة فإن رسول الله ﷺ قال لغيلان بن سلمة حين أسلم وتحته عشر

نسوة «أمسك أربعاً وفارق سائرهن» وقال نوفل بن معاوية أسلمت وتحتي خمس نسوة فقال النبي ﷺ: «فارق واحدة منهن» رواهما الشافعي في مسنده وإذا منع من استدامة زيادة عن أربع فالابتداء أولى فالآية أريد بها التخيير بين اثنتين وثلاث وأربع كما قال: ﴿أُولِي أَجْنِحَةٍ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ [فاطر: ١] ولم يرد أن لكل ملك تسعة أجنحة ولو أراد ذلك لقال تسعة ولم يكن للتطويل معنى ومن قال غير هذا فقد جهل اللغة العربية، وأما النبي ﷺ فمخصوص بذلك ألا ترى أنه جمع بين أربعة عشر.

مسألة: قال: (وليس للعبد أن يجمع إلا اثنتين).

أجمع أهل العلم على أن للعبد أن ينكح اثنتين واختلفوا في إباحة الأربع فمذهب أحمد أنه لا يباح له إلا اثنتان وهذا قول عمر رضي الله عنه وعلي وعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهما وبه قال عطاء والحسن والشعبي وقتادة والثوري والشافعي وأصحاب الرأي، وقال القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وطاوس ومجاهد والزهري وربيعة ومالك وأبو ثور وداود له نكاح أربع لعموم الآية ولأن هذه طريقة اللذة والشهوة فساوى العبد الحر فيه كالمأكول.

ولنا: قول من سمينا من الصحابة ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان إجماعاً، وقد روى ليث بن أبي سليم عن الحكم بن قتيبة قال: «أجمع أصحاب رسول الله ﷺ على أن العبد لا ينكح أكثر من اثنتين» ويقوي هذا ما روى الإمام أحمد بإسناده عن محمد بن سيرين أن عمر رضي الله عنه سأل الناس: كم يتزوج العبد؟ فقال عبد الرحمن بن عوف باثنتين وطلاقه باثنتين فدل هذا على أن ذلك كان بمحضر من الصحابة وغيرهم فلم ينكر وهذا يخص عموم الآية على أن فيها ما يدل على إرادة الأحرار وهو قوله: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾ [المؤمنون: ٦] ويفارق النكاح المأكول فإنه مبني على التفضل ولهذا فارق النبي ﷺ فيه أمته ولأن فيه ملكاً والعبد ينقص في الملك عن الحر.

مسألة: قال: (وله أن يتسرى بإذن سيده).

هذا هو المنصوص عن أحمد في رواية الجماعة وهو قول ابن عمر وابن عباس والشعبي والنخعي والزهري ومالك والأوزاعي والثوري وأبي ثور وكره ذلك ابن سيرين وحماد بن أبي سليمان والثوري وأصحاب الرأي وللشافعي قولان مبنيان على أن العبد هل يملك بتمليك سيده أو لا؟ وقال القاضي أبو يعلى يجب أن يكون في مذهب أحمد، في تسري العبد وجهان مبنيان على الروايتين في ثبوت الملك له بتمليك سيده واحتج من منع ذلك بأن العبد لا يملك المال ولا يجوز الوطء إلا في نكاح أو ملك يمين لقول الله تعالى: ﴿إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ فَمَنِ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَٰلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ﴾ [المؤمنون: ٦، ٧].

ولنا: قول ابن عمر وابن عباس ولا نعرف لهما في الصحابة مخالفاً، وروى الأثرم بإسناده عن ابن عمر أنه كان لا يرى بأساً أن يتسرى العبد ونحوه عن ابن عباس ولأن العبد يملك النكاح فملك التسري كالحر. وقولهم إن العبد لا يملك المال ممنوع فإن النبي ﷺ قال: «من اشترى عبداً وله مال» فجعل المال له ولأنه آدمي فملك المال كالحر وذلك لأنه بآدميته يتمهد لأهلية الملك إذ كان الله تعالى خلق الأموال للآدميين ليستعينوا بها على القيام بوظائف التكاليف وأداء العبادات قال الله تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِي خَلَقَ لَكُم مَّا فِي ٱلْأَرْضِ جَمِيعاً﴾ [البقرة: ٢٩] والعبد داخل في العموم ومن أهل التكليف والعبادات فيكون أهلاً للملك ولذلك ملك في النكاح وإذا ثبت الملك للجنين مع كونه نطفة لا حياة فيها باعتبار مآله إلى الآدمية فالعبد الذي هو آدمي مكلف أولى.

إذا ثبت هذا: فلا يجوز له التسري إلا بإذن سيده ولو ملكه سيده جارية لم يبح له وطؤها حتى يأذن له فيه لأن ملكه ناقص ولسيده نزعه منه متى شاء من غير فسخ عقد فلم يكن له التصرف فيه إلا بإذن سيده فإن أذن له فقال تسر بها أو أذنت لك في وطئها أو ما دل عليه أبيح له وما ولد له من التسري فحكمه حكم ملكه لأن الجارية مملوكة له فكذلك ولدها، وإن تسرى بغير إذن سيده فالولد ملك سيده.

فصل: وله التسري بما شاء إذا أذن له السيد في ذلك نص عليه أحمد لأن من جاز له التسري جاز من غير حصر كالحر فإن أذن له وأطلق التسري تسرى بواحدة وكذلك إذا أذن له في التزويج لم يجز أن يتزوج أكثر من واحدة. وبهذا قال أصحاب الرأي وأبو ثور، وإذا أذن له في التزويج فعقد على اثنتين في عقد جاز ولنا إن الإذن المطلق يتناول أقل ما يقع عليه الاسم يقيناً وما زاد مشكوك فيه فيبقي على الأصل كما لو أذن له في طلاق امرأته لم يكن له أن يطلق أكثر من واحدة، ولأن الزائد على الواحدة يحتمل أن يكون غير مراد فيبقى على أصل التحريم كما لو شك هل أذن له أو لا؟.

فصل: والمكاتب كالعبد القن لا يتزوج ولا يتسرى إلا بإذن سيده لأن في ذلك إتلافاً للمال الذي في يديه وقد قال عليه السلام: «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم» وأما المعتق بعضه فإذا ملك بجزئه الحر جارية فملكه تام وله الوطء بغير إذن سيده لقوله سبحانه: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾ [المؤمنون: ٦] ولأن ملكه عليها غير تام له التصرف فيها بما شاء بغير إذن سيده فكذلك الوطء وما فيه من الرق لا يمنعه من استيفاء ما يملكه كما له أن يتصرف ويأكل ما ملكه بنصفه الحر. وقال القاضي حكمه حكم القن وهو منصوص الشافعي، وقال بعض أصحابه كقولنا، واحتج من منع ذلك بأنه لا يمكنه الوطء بنصفه الحر وحده وكذلك منعناه التزويج حتى يأذن له سيده.

ولنا: إنه لا حق لسيده فيها ولا يلحقه ضرر باستمتاعه منها فلم يعتبر إذنه فيها

كاستخدامها وأما التزويج فإنه يلزمه به حقوق تتعلق بجملته فاعتبر رضى سيده ليكون راضياً بتعلق الحق بملكه بخلاف مسألتنا فإن الحق له لا عليه فأما إن أذن له سيده فيه جاز إلا عند من منع العبد التسري لأنه كالقن في قولهم.

فصل: نقل محمد بن ماهان عن أحمد لا بأس للعبد أن يتسرى إذا أذن له سيده فإن رجع السيد فليس له أن يرجع إذا أذن له مرة وتسرى وكذلك نقل عنه ابراهيم بن هاني، ويعقوب بن بختان ولم أر عنه خلاف هذا، فظاهر هذا أنه إذا تسرى بإذن السيد لم يملك السيد الرجوع لأنه يملك به البضع فلم يملك سيده فسخه قياساً على النكاح.

وقال القاضي يحتمل أنه أراد بالتسري ها هنا التزويج وسماه تسرياً مجازاً ويكون للسيد الرجوع فيما ملك عبده. وظاهر كلام أحمد خلاف هذا. وذلك لأنه ملكه بضعاً أبيح له وطؤه فلم يملك رجوعه فيه كما لو زوجه.

مسألة: قال: (ومتى طلق الحر أو العبد طلاقاً يملك الرجعة أو لا يملك لم يكن له أن يتزوج أختها حتى تنقضي عدتها وكذلك إذا طلق واحدة من أربع لم يتزوج حتى تنقضي عدتها وكذلك العبد إذا طلق إحدى زوجتيه).

وجملة ذلك: أن الرجل إذا تزوج امرأة حرمت عليه أمها على التأبيد وتحرم عليه أختها وعمتها وخالتها وبنت أخيها وبنت أختها تحريم جمع وكذلك إن تزوج الحر أربعاً حرمت الخامسة تحريم جمع وإن تزوج العبد اثنتين حرمت الثالثة تحريم جمع فإذا طلق زوجته طلاقاً رجعياً فالتحريم باق بحاله في قولهم جميعاً. وإن كان الطلاق بائناً أو فسخاً فكذلك عند إمامنا حتى تنقضي عدتها، وروي ذلك عن علي وابن عباس وزيد بن ثابت وبه قال سعيد بن المسيب ومجاهد والنخعي والثوري وأصحاب الرأي. وقال القاسم بن محمد وعروة وابن أبي ليلى ومالك والشافعي وأبو ثور وأبو عبيد وابن المنذر: له نكاح جميع من سمينا في تحريم الجمع. وروي ذلك عن زيد بن ثابت لأن المحرم الجمع بينهما في النكاح بدليل قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] أي نكاحهن ثم قال: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [النساء: ٢٣] معطوفاً عليه والبائن ليست في نكاحه ولأنها بائن فأشبهت المطلقة قبل الدخول.

ولنا: قول علي وابن عباس وروي عن عبيدة السلماني أنه قال «ما أجمعت الصحابة على شيء كإجماعهم على أربع قبل الظهر وأن لا تنكح امرأة في عدة أختها» وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمع ماءه في رحم أختين» وروي عن أبي الزناد قال: «كان للوليد بن عبد الملك أربع نسوة فطلق واحدة البتة وتزوج قبل أن تحل فعاب ذلك عليه كثير من الفقهاء» وليس كلهم عابه. قال سعيد بن منصور: إذا عاب

عليه سعيد بن المسيب فأي شيء بقي؟ ولأنها محبوسة عن النكاح لحقه أشبه ما لو كان الطلاق رجعياً ولأنها معتدة في حقه أشبهت الرجعية وفارق المطلقة قبل الدخول بها.

فصل: ولو أسلم زوج المجوسية أو الوثنية أو انفسخ النكاح بين الزوجين بخلع أو رضاع أو فسخ بعيب أو إعسار أو غيره لم يكن له أن يتزوج أحداً ممن يحرم الجمع بينه وبين زوجته حتى تنقضي عدتها سواء قلنا بتعجيل الفرقة أو لم نقل وإن أسلمت زوجته فتزوج أختها في عدتها ثم أسلما في عدة الأولى اختار منهما واحدة كما لو تزوجهما معاً وإن أسلم بعد انقضاء عدة الأولى بانت وثبت نكاح الثانية.

فصل: إذا أعتق أم الولد أو أمة كان يصيبها فليس له أن يتزوج أختها حتى ينقضي استبراؤها نص عليه أحمد في أم الولد وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن يجوز لأنها ليست زوجة ولا في عدة من نكاح.

ولنا: إنها معتدة منه فلم يجز له نكاح أختها كالمعتدة من نكاح أو وطء بشبهة ولأنه لا يأمن أن يكون ماؤه في رحمها فيكون داخلاً في عموم من جمع ماءه في رحم أختين ولا يمنع من نكاح أربع سواها ومنعه زفر وهو غلط لأن ذلك جائز قبل اعتاقها فبعده أولى.

فصل: ولا يمنع من نكاح أمة في عدة حرة بائن ومنعه أبو حنيفة كما يحرم عليه أن يتزوجها في صلب نكاحها.

ولنا: إنه عادم للطول خائف للعنت فأبيح له نكاحها لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً﴾ [النساء: ٢٥] ولا نسلم أنه لا يجوز في صلب نكاح الحرة بل يجوز إذا تحقق الشرطان.

فصل: وإن زنى بامرأة فليس له أن يتزوج بأختها حتى تنقضي عدتها وحكم العدة من الزنا والعدة من وطء الشبهة كحكم العدة من النكاح. فإن زنى بأخت امرأته فقال أحمد يمسك عن وطء امرأته حتى تحيض ثلاث حيض وقد ذكر عنه في المزني بها أنها تستبرىء بحيضة لأنه وطء من غير نكاح ولا أحكامه أحكام النكاح ويحتمل أن لا تحرم بذلك أختها ولا أربع سواها لأنها ليست منكوحة ومجرد الوطء لا يمنع بدليل الوطء في ملك اليمين لا يمنع أربعاً سواها.

فصل: وإذا ادعى الزوج أن امرأته أخبرته بانقضاء عدتها في مدة يجوز انقضاؤها فيها وكذبته أبيح له نكاح أختها وأربع سواها في الظاهر فأما في الباطن فيبنى على صدقه في ذلك لأنه حق فيما بينه وبين الله تعالى فيقبل قوله فيه ولا يصدق في نفي نفقتها وسكناها ونفي النسب لأنه حق لها ولولدها فلا فيقبل قوله فيه وبه قال الشافعي وغيره. وقال زفر لا يصدق في شيء لأنه قول واحد لا يصدق في بعض حكمه فلا يصدق في البعض الآخر قياساً

لأحدهما على الآخر. وذلك لأنه لا يمكن أن يكون القول الواحد صدقاً وكذباً.

ولنا: إنه قول يتضمن إبطال حق لغيره وحقاً له لا ضرر على غيره فيه فوجب أن يصدق في أحدهما دون الآخر كما لو اشترى عبداً ثم أقر أن البائع كان أعتقه صدق في حريته ولم يصدق في الرجوع بثمنه وكما لو أقر أن امرأته أخته من الرضاع قبل الدخول صدق في بينونتها وتحريمها عليه ولم يصدق في سقوط مهرها.

مسألة: قال: (ومن خطب امرأة فزوج بغيرها لم ينعقد النكاح).

معنى ذلك: أن يخطب الرجل امرأة بعينها فيجاب إلى ذلك ثم يوجب له النكاح في غيرها وهو يعتقد أنها التي خطبها فيقبل فلا ينعقد النكاح لأن القبول انصرف إلى غير من وجد الإيجاب فيه فلم يصح كما لو ساومه بثوب وأوجب العقد في غيره بغير علم المشتري، فلو علم الحال بعد ذلك فرضي لم يصح، قال أحمد في رجل خطب جارية فزوجوه أختها ثم علم بعد: يفرق بينهما ويكون الصداق على وليها لأنه غره ويجهز إليه أختها التي خطبها بالصداق الأول فإن كانت تلك قد ولدت منه يلحق به الولد. وقوله يجهز إليه أختها: يعني والله أعلم بعقد جديد بعد انقضاء عدة هذه إن كان أصابها لأن العقد الذي عقده لم يصح في واحدة منهما لأن الإيجاب صدر في إحداهما والقبول في أخرى فلم ينعقد في هذه ولا في تلك فإن اتفقوا على تجديد عقد في إحداهما أيتهما كان جاز.

وقال أحمد في رجل تزوج امرأة فأدخلت عليه أختها لها المهر بما أصاب منها ولأختها المهر، قيل يلزمه مهران؟ قال نعم ويرجع على وليها هذه مثل التي بها برص أو جذام علي يقول ليس عليه غرم وهذا ينبغي أن يكون في امرأة جاهلة بالحال أو بالتحريم، أما إذا علمت أنها ليست زوجة وأنها محرمة عليه وأمكنته من نفسها فلا ينبغي أن يجب لها صداق لأنها زانية تطاوعه، فأما إن جعلت الحال فلها المهر ويرجع به على من غره. وروي عن علي رضي الله عنه في رجلين تزوجا امرأتين فزفت كل امرأة إلى زوج الأخرى لهما الصداق ويعتزل كل واحد منهما امرأته حتى تنقضي عدتها وبه قال النخعي والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي.

فصل: من شرط صحة النكاح تعيين الزوجين لأن كل عاقد ومعقود عليه يجب تعيينهما كالمشتري والمبيع ثم ينظر فإن كانت المرأة حاضرة فقال زوجتك هذه صح فإن الإشارة تكفي في التعيين. فإن زاد على ذلك فقال ابنتي هذه أو هذه فلانة كان تأكيداً وإن كانت غائبة فقال زوجتك ابنتي وليس له سواها جاز فإن سماها باسمها مع ذلك كان تأكيداً فإن كان له ابنتان أو أكثر فقال زوجتك ابنتي لم يصح حتى يضم إلى ذلك ما تتميز به من اسم أو صفة فيقول زوجتك ابنتي الكبرى أو الوسطى أو الصغرى، فإن سماها مع ذلك كان

تأكيداً، وإن قال زوجتك ابنتي عائشة أو فاطمة صح، وإن كانت له ابنة واحدة اسمها فاطمة فقال زوجتك فاطمة لم يصح لأن هذا الاسم مشترك بينها وبين سائر الفواطم حتى يقول مع ذلك ابنتي.

وقال بعض الشافعية: يصح إذا نوياها جميعاً وليس بصحيح لأن النكاح تعتبر فيه الشهادة على وجه يمكن أداؤها إذا ثبت به العقد. وهذا متعذر في النية فلذلك لو قال زوجتك ابنتي وله بنات لم يصح حتى يميزها بلفظه، وإن قال زوجتك فاطمة ابنة فلان احتاج أن يرفع في نسبها حتى يبلغ ما تتميز به عن النساء.

فصل: فإن كان له ابنتان كبرى اسمها عائشة وصغرى اسمها فاطمة فقال زوجتك ابنتي عائشة وقبل الزوج ذلك وهما ينويان الصغرى لم يصح ذكره أبو حفص وقال القاضي يصح في التي نوياها وهذا غير صحيح لوجهين:

أحدهما: أنهما لم يتلفظا بما يصح العقد بالشهادة عليه، فأشبه ما لو قال زوجتك عائشة فقط، أو ما لو قال زوجتك ابنتي ولم يسمها، وإذا لم يصح فيما إذا لم يسمها ففيما إذا سماها بغير اسمها أولى أن لا يصح.

والثاني: أنه لا يصح النكاح حتى تذكر المرأة بما تتميز به ولم يوجد ذلك فإن اسم أختها لا يميزها بل يصرف العقد عنها، وإن كان الولي يريد الكبرى والزوج يقصد الصغرى لم يصح كمسألة الخرقي فيما إذا خطب امرأة وزوج غيرها لأن القبول انصرف إلى غير من وجد الإيجاب فيه. ويحتمل أن يصح إذا لم يتقدم ذلك ما يصرف القبول إلى الصغرى من خطبة ونحوها فإن العقد بلفظه متناول للكبرى ولم يوجد ما يصرفه عنها فصح كما لو نوياها ولو نوى الولي الصغرى والزوج الكبرى أو نوى الولي الكبرى ولم يدر الزوج أيتهما هي فعلى الأول لا يصح التزويج لعدم النية منهما في التي يتناولها لفظهما، وعلى الاحتمال الذي ذكرناه يصح في المعينة باللفظ لما ذكرناه.

فصل: فإن كان له ابنة واحدة فقال لرجل زوجتك ابنتي وسماها بغير اسمها فقال القاضي يصح. وهو قول أصحاب الشافعي لأن قوله ابنتي آكد من التسمية لأنها لا مشاركة فيها والاسم مشترك ولو قال زوجتك هذه وأشار إليها وسماها بغير اسمها يجب أن يصح على هذا التعليل.

فصل: ولو قال زوجتك حمل هذه المرأة لم يصح لأنه لم يثبت له حكم البنات قبل الظهور في غير الإرث والوصية ولأنه لم يتحقق أن في البطن بنتاً فأشبه ما لو قال زوجتك من في هذه الدار وهما لا يعلمان ما فيها، ولو قال إذا ولدت امرأتي بنتاً زوجتكها لم يصح لأنه تعليق للنكاح على شرط والنكاح لا يتعلق على شرط ولأن هذا مجرد وعد لا ينعقد به عقد.

مسألة: قال: (وإذا تزوجها وشرط لها أن لا يخرجها من دارها وبلدها فلها شرطها. لما روي عن النبي ﷺ أنه قال «أحق ما أوفيتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج» وإن تزوجها وشرط لها أن لا يتزوج عليها فلها فراقه إذا تزوج عليها).

وجملة ذلك: أن الشروط في النكاح تنقسم أقساماً ثلاثة. أحدها: ما يلزم الوفاء به وهو ما يعود إليها نفعه وفائدته، مثل أن يشترط لها أن لا يخرجها من دارها أو بلدها أو لا يسافر بها ولا يتزوج عليها ولا يتسرى عليها، فهذا يلزمه الوفاء لها به فإن لم يفعل فلها فسخ النكاح. يروى هذا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وسعد بن أبي وقاص ومعاوية وعمرو بن العاص رضي الله عنهم، وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد وطاوس والأوزاعي وإسحاق، وأبطل هذه الشروط الزهري وقتادة وهشام بن عروة ومالك والليث والشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي قال أبو حنيفة والشافعي ويفسد المهر دون العقد ولها مهر المثل واحتجوا بقول النبي ﷺ «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط» وهذا ليس في كتاب الله لأن الشرع لا يقتضيه. وقال النبي ﷺ: «المسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً» وهذا يحرم الحلال وهو التزويج والتسري والسفر. ولأن هذا شرط ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه ولم يبن على التغليب والسراية فكان فاسداً كما لو شرطت أن لا تسلم نفسها.

ولنا: قول النبي ﷺ: «إن أحق ما وفيتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج» رواه سعيد، وفي رواية: «إن أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج» متفق عليه وأيضاً قول النبي ﷺ: «المسلمون على شروطهم» ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولا نعلم لهم مخالفاً في عصرهم فكان إجماعاً وروى الأثرم بإسناده: «أن رجلاً تزوج امرأة وشرط لها دارها ثم أراد نقلها فخاصموه إلى عمر فقال: لها شرطها فقال الرجل إذاً تطلقينا فقال عمر: مقاطع الحقوق عند الشروط» ولأنه شرط لها فيه منفعة ومقصود لا يمنع المقصود من النكاح فكان لازماً كما لو شرطت عليه زيادة في المهر أو غير نقد البلد وقوله عليه السلام: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل» أي ليس في حكم الله وشرعه وهذا مشروع، وقد ذكرنا ما دل على مشروعيته على أن الخلاف في مشروعيته وعلى من نفى ذلك الدليل، وقولهم إن هذا يحرم الحلال، قلنا: لا يحرم حلالاً وإنما يثبت للمرأة خيار الفسخ إن لم يف لها به. وقولهم ليس من مصلحته. قلنا: لا نسلم ذلك فإنه من مصلحة المرأة وما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة عقده كاشتراط الرهن والضمين في البيع ثم يبطل بالزيادة على مهر المثل وشرط غير نقد البلد.

إذا ثبت أنه شرط لازم فلم يف لها به فلها الفسخ ولهذا قال الذي قضى عليه عمر بلزوم الشرط «إذاً تطلقينا» فلم يلتفت عمر إلى ذلك وقال «مقاطع الحقوق عند الشروط»

ولأنه شرط لازم فيعقد فيثبت حق الفسخ بترك الوفاء به كالرهن والضمين في البيع.

فصل: فإن شرطت عليه أن يطلق ضرتها لم يصح الشرط لما روى أبو هريرة قال: «نهى النبي ﷺ أن تشترط المرأة طلاق أختها» وفي لفظ أن النبي ﷺ قال: «لا تسأل المرأة طلاق أختها لتنكح» والنهي يقتضي فساد المنهي عنه ولأنها شرطت عليه فسخ عقده وإبطال حقه وحق امرأته فلم يصح كما لو شرطت عليه فسخ بيعه. وقال أبو الخطاب: هو شرط لازم لأنه لا ينافي العقد ولها فيه فائدة. فأشبه ما لو شرطت عليه أن لا يتزوج عليها ولم أر هذا لغيره، وقد ذكرنا ما يدل على فساده، وعلى قياس هذا لو شرطت عليه بيع أمته.

القسم الثاني: ما يبطل الشرط ويصح العقد مثل أن يشترط أن لا مهر لها أو أن لا ينفق عليها أو إن أصدقها رجع عليها، أو تشترط عليه أن لا يطأها أو يعزل عنها أو يقسم لها أقل من قسم صاحبتها أو أكثر أو لا يكون عندها في الجمعة إلا ليلة أو شرط لها النهار دون الليل أو شرط على المرأة أن تنفق عليه أو تعطيه شيئاً، فهذه الشروط كلها باطلة في نفسها لأنها تنافي مقتضى العقد، ولأنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده فلم يصح كما لو أسقط الشفيع شفعته قبل البيع، فأما العبد في نفسه فصحيح لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به فلم يبطل كما لو شرط في العقد صداقاً محرماً، ولأن النكاح يصح مع الجهل بالعوض فجاز أن ينعقد مع الشرط الفاسد كالعتاق فقد نص أحمد في رجل تزوج امرأة وشرط عليها أن يبيت عندها في كل جمعة ليلة ثم رجعت وقالت: لا أرضى إلا ليلة وليلة فقال: لها أن تنزل بطيب نفس منها فإن ذلك جائز وإن قالت لا أرضى إلا بالمقاسمة كان ذلك حقاً لها تطالبه إن شاءت.

ونقل عنه الأثرم في الرجل يتزوج المرأة ويشترط عليها أن يأتيها في الأيام يجوز الشرط فإن شاءت رجعت. وقال في الرجل يتزوج المرأة على أن تنفق عليه في كل شهر خمسة دراهم أو عشرة دراهم: النكاح جائز ولها أن ترجع في هذا الشرط. وقد نقل عن أحمد كلام في بعض هذه الشروط يحتمل إبطال العقد نقل عنه المروذي في النهاريات والليليات: ليس هذا من نكاح أهل الإسلام، وممن كره تزويج النهاريات حماد بن أبي سليمان وابن شبرمة.

وقال الثوري: الشرط باطل وقال أصحاب الرأي إذا سألته أن يعدل لها عدل، وكان الحسن وعطاء لا يريان بنكاح النهاريات بأساً. وكان الحسن لا يرى بأساً أن يتزوجها على أن يجعل لها في الشهر أياماً معلومة. ولعل كراهة من كره ذلك راجع إلى إبطال الشرط وإجازة من أجازه راجع إلى أصل النكاح فتكون أقوالهم متفقة على صحة النكاح وإبطال الشرط كما قلنا والله أعلم.

وقال القاضي: إنما كره أحمد هذا النكاح لأنه يقع على وجه السر ونكاح السر منهي

عنه فإن شرط عليه ترك الوطء احتمل أن يفسد العقد لأنه شرط ينافي المقصود من النكاح وهذا مذهب الشافعي وكذلك إن شرط عليه أن لا تسلم إليه فهو بمنزلة ما لو اشترى شيئاً على أن لا يقبضه. وإن شرط عليها أن لا يطأها لم يفسد لأن الوطء حقه عليها وهي لا تملكه عليه ويحتمل أن يفسد لأن لها فيه حقاً ولذلك تملك مطالبته به إذا آلى والفسخ إذا تعذر بالجب والعنة.

القسم الثالث: ما يبطل النكاح من أصله مثل أن يشترطا تأقيت النكاح وهو نكاح المتعة أو أن يطلقها في وقت بعينه أو يعلقه على شرط مثل أن يقول زوجتك إن رضيت أمها أو فلان أو يشترط الخيار في النكاح لهما أو لأحدهما فهذه شروط باطلة في نفسها ويبطل بها النكاح وكذلك إن جعل صداقها تزويج امرأة أخرى وهو نكاح الشغار ونذكر ذلك في مواضعه إن شاء الله تعالى.

وذكر أبو الخطاب فيما إذا شرط الخيار إن رضيت أمها وإن جاءها بالمهر في وقت كذا وإلا فلا نكاح بينهما روايتين. **إحداهما:** النكاح الصحيح والشرط باطل وبه قال أبو ثور فيما إذا شرط الخيار، وحكاه عن أبي حنيفة، وزعم أنه لا خلاف فيها. وقال ابن المنذر، قال أحمد وإسحاق: إذا تزوجها على أنه إن جاء بالمهر في وقت كذا وكذا، وإلا فلا نكاح بينهما الشرط باطل والعقد جائز، وهو قول عطاء والثوري وأبو حنيفة والأوزاعي. وروي ذلك عن الزهري، وروى ابن منصور عن أحمد في هذا أن العقد والشرط جائزان، لقوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم».

والرواية الأخرى: يبطل العقد من أصله في هذا، لأن النكاح لا يكون إلا لازماً، وهذا يوجب جوازه، ولأنه إذا قال: إن رضيت أمها، أو إن جئتني في وقت كذا. فقد وقف النكاح على الشرط. ولا يجوز وقفه على شرط. وهذا قول الشافعي ونحوه عن مالك وأبي عبيد.

فصل: وإن شرط الخيار في الصداق خاصة لم يفسد النكاح، لأن النكاح ينفرد عن ذكر الصداق، ولو كان الصداق حراماً أو فاسداً لم يفسد النكاح، فلأن لا يفسد بشرط الخيار فيه أولى، ويخالف البيع فإنه إذا فسد أحد العوضين فيه فسد الآخر. فإذا ثبت هذا ففي الصداق ثلاثة أوجه:

أحدها: يصح الصداق ويبطل شرط الخيار، كما يفسد الشرط في النكاح ويصح النكاح. والثاني: يصح ويثبت الخيار فيه لأن عقد الصداق عقد منفرد يجري مجرى الأثمان، فثبت فيه الخيار كالبياعات.

والثالث: يبطل الصداق لأنها لم ترض به فلم يلزمها، كما لو لم يوافقه على شيء.

مسألة: قال: (ومن أراد أن يتزوج امرأة فله أن ينظر إليها من غير أن يخلو بها).

لا نعلم بين أهل العلم خلافاً في إباحة النظر إلى المرأة لمن أراد نكاحها، وقد روى جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا خطب أحدكم المرأة. فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل» قال: فخطبت امرأة فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منها ما دعاني إلى نكاحها فتزوجتها» رواه أبو داود، وفي هذا أحاديث كثيرة سوى هذا. ولأن النكاح عقد يقتضي التمليك، فكان للعاقد النظر إلى المعقود عليه، كالنظر إلى الأمة المستامة. ولا بأس بالنظر إليها بإذنها وغير إذنها لأن النبي ﷺ أمرنا بالنظر وأطلق، وفي حديث جابر «فكنت أتخبأ لها، وفي حديث عن المغيرة بن شعبة «أنه استأذن أبويها في النظر إليها فكرهاه فأذنت له المرأة» رواه سعيد، ولا يجوز له الخلوة بها لأنها محرمة، ولم يرد الشرع بغير النظر فبقيت على التحريم. ولأنه لا يؤمن مع الخلوة مواقعة المحظور، فإن النبي ﷺ قال: «لا يخلون رجل بامرأة، فإن ثالثهما الشيطان» ولا ينظر إليها نظرة تلذذ وشهوة ولا لريبة. قال أحمد في رواية صالح: ينظر إلى الوجه ولا يكون عن طريق لذة وله أن يردد النظر إليها ويتأمل محاسنها، لأن المقصود لا يحصل إلا بذلك.

فصل: ولا خلاف بين أهل العلم في إباحة النظر إلى وجهها، وذلك لأنه ليس بعورة، وهو مجمع المحاسن وموضع النظر ولا يباح له النظر إلى ما لا يظهر عادة، وحكي عن الأوزاعي أنه ينظر إلى مواضع اللحم. وعن داود أنه ينظر إلى جميعها. لظاهر قوله عليه السلام: «انظر إليها».

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور: ٣١] وروي عن ابن عباس أنه قال: الوجه وبطن الكف، ولأن النظر محرم أبيح للحاجة فيختص بما تدعو الحاجة إليه وهو ما ذكرنا، والحديث مطلق. ومن ينظر إلى وجه إنسان سمي ناظراً إليه. ومن رآه وعليه أثوابه سمي رائياً له. كما قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا رَأَيْتَهُمْ تُعْجِبُكَ أَجْسَامُهُمْ﴾ [المنافقون: ٤]، ﴿وَإِذَا رَآكَ الَّذِينَ كَفَرُوا﴾ [الأنبياء: ٣٦] فأما ما يظهر غالباً سوى الوجه كالكفين والقدمين ونحو ذلك مما تظهره المرأة في منزلها، ففيه روايتان:

إحداهما: لا يباح النظر إليه لأنه عورة، فلم يبح النظر إليه كالذي لا يظهر، فإن عبد الله روى أن النبي ﷺ قال: «المرأة عورة» حديث حسن، ولأن الحاجة تندفع بالنظر إلى الوجه فبقي ما عداه على التحريم.

والثانية: له النظر إلى ذلك، قال أحمد في رواية حنبل: لا بأس أن ينظر إليها وإلى ما يدعوه إلى نكاحها من يد أو جسم ونحو ذلك. قال أبو بكر «لا بأس أن ينظر إليها عند الخطبة حاسرة» وقال الشافعي: «ينظر إلى الوجه والكفين» ووجه جواز النظر إلى ما يظهر

غالباً أن النبي ﷺ لما أذن في النظر إليها من غير علمها، علم أنه أذن في النظر إلى جميع ما يظهر عادة، إذ لا يمكن إفراد الوجه بالنظر مع مشاركة غيره له في الظهور؛ ولأنه يظهر غالباً، فأبيح النظر إليه كالوجه، ولأنها امرأة أبيح له النظر إليها بأمر الشارع، فأبيح النظر منها إلى ذلك، كذوات المحارم. وقد روى سعيد عن سفيان، عن عمرو بن دينار عن أبي جعفر. قال: «خطب عمر بن الخطاب ابنة علي، فذكر منها صغراً، فقالوا له: إنما ردك، فعاوده. فقال: نرسل بها إليك تنظر إليها، فرضيها، فكشف عن ساقيها. فقالت: أرسل، لولا أنك أمير المؤمنين للطمت الذي في عينك».

فصل: ويجوز للرجل أن ينظر من ذوات محارمه إلى ما يظهر غالباً كالرقبة والرأس والكفين والقدمين ونحو ذلك. وليس له النظر إلى ما يستتر غالباً كالصدر والظهر ونحوهما. قال الأثرم: سألت أبا عبد الله عن الرجل ينظر إلى شعر امرأة أبيه أو امرأة ابنه، فقال: هذا في القرآن ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ﴾ [النور: ٣١] إلا لكذا وكذا. قلت: ينظر إلى ساق امرأة أبيه وصدرها. قال: لا يعجبني، ثم قال: أنا أكره أن ينظر من أمه وأخته إلى مثل هذا وإلى كل شيء لشهوة، وذكر القاضي: أن حكم الرجل مع ذوات محارمه حكم الرجل مع الرجل، والمرأة مع المرأة. وقال أبو بكر: كراهية أحمد النظر إلى ساق أمه وصدرها على التوقي، لأن ذلك يدعو إلى الشهوة، يعني أنه يكره ولا يحرم ومنع الحسن والشعبي والضحاك النظر إلى شعر ذوات المحارم. فروي عن هند ابنة المهلب قالت: قلت للحسن: ينظر الرجل إلى قرط أخته وإلى عنقها؟ قال: لا، ولا كرامة. وقال الضحاك: لو دخلت على أمي لقلت: أيتها العجوز، غطي شعرك. والصحيح أنه يباح النظر إلى ما يظهر غالباً. لقول الله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ﴾ [النور: ٣١]. وقالت سهلة بنت سهيل: «يا رسول الله، إنا كنا نرى سالماً ولداً، وكان يأوي معي ومع أبي حذيفة في بيت واحد، ويراني فضلى وقد أنزل فيهم ما علمت فكيف ترى فيه؟ فقال لها النبي ﷺ: «أرضعيه. فأرضعته خمس رضعات، فكان بمنزلة ولدها» رواه أبو داود وغيره، وهذا دليل على أنه كان ينظر منها إلى ما يظهر غالباً، فإنها قالت: يراني فضلى» ومعناه في ثياب البذلة التي لا تستر أطرافها.

وقال امرؤ القيس:

فجئت وقد نضت لنوم ثيابها ولم يبق إلا لبسة المتفضل

ومثل هذا يظهر منه الأطراف والشعر، فكان يراها كذلك إذا اعتقدته ولداً ثم دلهم النبي ﷺ على ما يستديمون به ما كانوا يعتقدونه ويفعلونه.

وروى الشافعي في مسنده عن زينب بنت أبي سلمة: «أنها ارتضعت من أسماء امرأة

الزبير. قالت: فكنت أراه أباً. وكان يدخل علي وأنا أمشط رأسي فيأخذ ببعض قرون رأسي ويقول: أقبلي علي» ولأن التحرز من هذا لا يمكن فأبيح كالوجه وما لا يظهر غالباً لا يباح لأن الحاجة لا تدعو إلى نظره، ولا تؤمن معه الشهوة ومواقعة المحظور، فحرم النظر إليه كما تحت السرة».

فصل: وذوات محارمه كل من حرم عليه نكاحها على التأبيد بنسب أو رضاع أو تحريم المصاهرة بسبب مباح، لما ذكرنا من حديث سالم وزينب وعن عائشة: «أن أفلح أخا أبي القعيس استأذن عليها بعد ما أنزل الحجاب فأبت أن تأذن له فقال النبي ﷺ: ائذني له فإنه عمك تربت يمينك» وقد ذكر الله تعالى: ﴿آبَاءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ أَبْنَائِهِنَّ أَوْ أَبْنَاءِ بُعُولَتِهِنَّ﴾ [النور: ٣١] كما ذكر آباءهن وأبناءهن في إبداء الزينة لهم، وتوقف أحمد عن النظر إلى شعر أم امرأته وبنتها، لأنهما غير مذكورتين في الآية قال القاضي: إنما حكى قول سعيد بن جبير ولم يأخذ به، وقد صرح في رواية المروذي: أنه محرم يجوز له المسافرة بها، وقال في رواية أبي طالب: ساعة يعقد عقدة النكاح تحرم عليه أم امرأته، فله أن يرى شعرها ومحاسنها ليست مثل التي يزني بها لا يحل له أبداً أن ينظر إلى شعرها ولا إلى شيء من جسدها وهي حرام عليه.

فصل: فأما أم المزني بها وابنتها، فلا يحل له النظر إليهن وإن حرم نكاحهن لأن تحريمهن بسبب محرم، فلم يفد إباحة النظر كالمحرمة باللعان، وكذلك بنت الموطوءة بشبهة وأمها ليست من ذوات محارمه، وكذلك الكافر ليس بمحرم لقرابته المسلمة، قال أحمد في يهودي أو نصراني أسلمت ابنته لا يسافر بها ليس هو محرماً لها، والظاهر أنه أراد ليس محرماً لها في السفر. أما النظر فلا يجب عليها الحجاب منه، لأن أبا سفيان أتى المدينة وهو مشرك، فدخل على ابنته أم حبيبة فطوت فراش رسول الله ﷺ لئلا يجلس عليه ولم تحتجب منه. ولا أمرها بذلك النبي ﷺ.

فصل: وعبد المرأة له النظر إلى وجهها وكفيها لقول الله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ [المؤمنون: ٦] وروت أم سلمة أن رسول الله ﷺ قال: «إذا كان لإحداكن مكاتب فملك ما يؤدي فلتحتجب منه» وقال الترمذي هذا حديث حسن صحيح وعن أبي قلابة قال: «كان أزواج النبي ﷺ لا يحتجبن من مكاتب ما بقي عليه دينار» رواه سعيد في سننه. وعن أنس أن النبي ﷺ «أتى فاطمة بعبد قد وهبه لها وعلى فاطمة ثوب إذا قنعت به رأسها لم يبلغ رجليها وإذا غطت به رجليها لم يبلغ رأسها، فلما رأى رسول الله ﷺ ما تلقى قال: إنه ليس عليك بأس إنما هو أبوك وغلامك» رواه أبو داود، وكره أبو عبد الله له أن ينظر إلى شعر مولاته وهو قول سعيد بن المسيب وطاوس ومجاهد والحسن وأباح له ذلك ابن عباس لما ذكرنا من الآيتين والحديثين ولأن الله تعالى قال: ﴿لِيَسْتَأْذِنكُمُ ٱلَّذِينَ مَلَكَتْ

أَيْمَانُكُمْ وَٱلَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا ٱلْـحُلُمَ مِنكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ﴾ ـ إلى قوله ـ ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ﴾ [النور: ٥٨] ولأنه يشق التحرز منه فأبيح له ذلك كذوي المحارم، وقال أصحاب الشافعي هو محرم حكمه حكم المحارم من الأقارب في أحد الوجهين لما ذكرنا من الدليل، ولأنه محرم عليها فكان محرماً كالأقارب.

ولنا: ما روى ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ «سفر المرأة مع عبدها ضيعة» رواه سعيد ولأنها لا تحرم عليه على التأبيد ولا يحل له استمتاعها فلم يكن محرماً كزوج أختها ولأنه غير مأمون عليها إذ ليست بينهما نفرة المحرمية والملك لا يقتضي النفرة الطبيعية بدليل السيد مع أمته وإنما أبيح له من النظر ما تدعو الحاجة إليه كالشاهد والمبتاع ونحوهما وجعله بعض أصحابنا كالأجنبي لما ذكرناه، والصحيح ما قلنا إن شاء الله تعالى.

فصل: فأما الغلام فما دام طفلاً غير مميز لا يجب الاستتار منه في شيء وإن عقل ففيه روايتان. **إحداهما:** حكمه حكم ذي المحرم في النظر. **الثانية:** له النظر إلى ما فوق السرة وتحت الركبة لأن الله تعالى قال: ﴿لِيَسْتَأْذِنكُمُ ٱلَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَٱلَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا ٱلْـحُلُمَ مِنكُمْ﴾ [النور: ٥٨] ـ إلى قوله ﴿ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضكم على بعض﴾ [النور: ٥٨] ـ إلى قوله ـ ﴿وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَالُ مِنكُمُ ٱلْـحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا ٱسْتَأْذَنَ ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ﴾ [النور: ٥٩] فدل على التفريق بين البالغ وغيره، وقال أبو عبد الله: أبو طيبة حجم نساء النبي ﷺ وهو غلام، ووجه الرواية الأولى: قوله: ﴿أَوِ ٱلطِّفْلِ ٱلَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَىٰ عَوْرَاتِ ٱلنِّسَاءِ﴾ [النور: ٣١] وقيل لأبي عبد الله متى تغطي المرأة رأسها من الغلام؟ قال إذا بلغ عشر سنين.

فصل: ومباح لكل واحد من الزوجين النظر إلى جميع بدن صاحبه ولمسه حتى الفرج لما روى بهز بن حكيم عن أبيه عن جده قال: «قلت يا رسول الله عوراتنا ما نأتي منها وما نذر؟ فقال: احفظ عورتك إلا من زوجتك أو ما ملكت يمينك» رواه الترمذي وقال حديث حسن ولأن الفرج يحل له الاستمتاع به فجاز النظر إليه ولمسه كبقية البدن، ويكره النظر إلى الفرج فإن عائشة رضي الله عنها قالت: «ما ر بت فرج رسول الله ﷺ قط» رواه ابن ماجة، وفي لفظ قالت: «ما رأيته من رسول الله ﷺ ولا رآه مني» وقال أحمد في رواية جعفر بن محمد في المرأة تقعد بين يدي زوجها وفي بيتها مكشوفة في ثياب رقاق لا بأس به قلت تخرج من الدار إلى بيت مكشوفة الرأس وليس في الدار إلا هي وزوجها فرخص في ذلك.

فصل: ويباح للسيد النظر إلى جميع بدن أمته حتى فرجها لما ذكرنا في الزوجين وسواء في ذلك سريته وغيرها لأنه مباح له الاستمتاع من جميع بدنها فأبيح له النظر إليه فإن زوج أمته حرم عليه الاستمتاع والنظر منها إلى ما بين السرة والركبة لأن عمرو بن شعيب روى

عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا زوج أحدكم خادمه عبده أو أجيره فلا ينظر إلى ما دون السرة وفوق الركبة فإنه عورة» رواه أبو داود ومفهومه إباحة النظر إلى ما عداه، وأما تحريم الاستمتاع بها فلا شك فيه ولا اختلاف فإنها قد صارت مباحة للزوج، ولا تحل امرأة لرجلين فإن وطئها لزمه الإثم والتعزير وإن ولدت فقال أحمد لا يلحقه الولد لأنها فراش لغيره فلا يلحقه ولدها كالأجنبية.

فصل: فيمن يباح له النظر من الأجانب ويباح للطبيب النظر إلى ما تدعو الحاجة من بدنها من العورة وغيرها فإنه موضع حاجة وقد روي: «أن النبي ﷺ لما حكم سعداً في بني قريظة كان يكشف عن مؤتزرهم» وعن عثمان «أنه أتي بغلام قد سرق فقال: انظروا إلى مؤتزره فلم يجدوه أنبت الشعر فلم يقطعه» وللشاهد النظر إلى وجه المشهود عليها لتكون الشهادة واقعة على عينها، وقال أحمد لا يشهد على امرأة إلا أن يكون قد عرفها بعينها وإن عامل امرأة في بيع أو إجارة فله النظر إلى وجهها ليعلمها بعينها فيرجع عليها بالدرك وقد روي عن أحمد كراهة ذلك في حق الشابة دون العجوز ولعله كرهه لمن يخاف الفتنة أو يستغني عن المعاملة فأما مع الحاجة وعدم الشهوة فلا بأس.

فصل: فأما نظر الرجل إلى الأجنبية من غير سبب فإنه محرم إلى جميعها في ظاهر كلام أحمد. قال أحمد لا يأكل مع مطلقته، هو أجنبي لا يحل له أن ينظر إليها، كيف يأكل معها ينظر إلى كفها؟ لا يحل له ذلك، وقال القاضي يحرم عليه النظر إلى ما عدا الوجه والكفين لأنه عورة، ويباح له النظر إليها مع الكراهة إذا أمن الفتنة ونظر لغير شهوة. وهذا مذهب الشافعي لقول الله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور: ٣١] قال ابن عباس: «الوجه والكفين» وروت عائشة «أن أسماء بنت أبي بكر دخلت على رسول الله ﷺ في ثياب رقاق فأعرض عنها. وقال: يا أسماء إن المرأة إذا بلغت المحيض لم يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا ـ وأشار إلى وجهه وكفيه» رواه أبو بكر وغيره ولأنه ليس بعورة فلم يحرم النظر إليه بغير ريبة كوجه الرجل.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَإِذَا سَأَلْتُمُوهُنَّ مَتَاعاً فَاسْأَلُوهُنَّ مِنْ وَرَاءِ حِجَابٍ﴾ [الأحزاب: ٥٣] وقول النبي ﷺ: «إذا كان لإحداكن مكاتب فملك ما يؤدي فلتحتجب منه» وعن أم سلمة قالت: «كنت قاعدة عند النبي ﷺ أنا وحفصة فاستأذن ابن أم مكتوم، فقال النبي ﷺ: «احتجبن منه» رواه أبو داود، و «كان الفضل بن عباس رديف رسول الله ﷺ فجاءته الخثعمية تستفتيه فجعل الفضل ينظر إليها وتنظر إليه، فصرف رسول الله ﷺ وجهه عنها» وعن جرير بن عبد الله قال: «سألت رسول الله ﷺ عن نظر الفجاءة؟ فأمرني أن أصرف بصري» حديث صحيح وعن علي رضي الله عنه قال: قال لي رسول الله ﷺ: «لا تتبع النظرة النظرة فإنما لك الأولى وليست لك الآخرة» رواهما أبو داود. وفي إباحة النظر

إلى المرأة إذا أراد تزويجها دليل على التحريم عند عدم ذلك، إذ لو كان مباحاً على الإطلاق فما وجه التخصيص لهذه؟ وأما حديث أسماء ـ إن صح ـ فيحتمل أنه كان قبل نزول الحجاب فنحمله عليه.

فصل: والعجوز التي لا يشتهى مثلها لا بأس بالنظر منها إلى ما يظهر غالباً لقول الله تعالى: ﴿وَٱلْقَوَاعِدُ مِنَ ٱلنِّسَاءِ ٱللَّـٰتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحاً﴾ [النور: ٦٠]، قال ابن عباس في قوله تعالى: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ، وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ﴾ [النور: ٣٠، ٣١] قال: فنسخ واستثني من ذلك القواعد من النساء اللاتي لا يرجون نكاحاً الآية وفي معنى ذلك الشوهاء التي لا تشتهى.

فصل: والأمة يباح النظر منها إلى ما يظهر غالباً كالوجه والرأس واليدين والساقين لأن عمر رضي الله عنه رأى امرأة متلثمة فضربها بالدرة وقال: «يا لكاع تتشبهين بالحرائر» وروى أبو حفص بإسناده أن عمر كان لا يدع أمة تقنع في خلافته وقال: «إنما القناع للحرائر» ولو كان نظر ذلك منها محرماً لم يمنع من ستره بل أمر به، وقد روى أنس «أن النبي ﷺ لما أخذ صفية قال الناس: لا ندري أجعلها أم المؤمنين أم أم ولد؟ فقالوا: إن حجبها فهي أم المؤمنين وإن لم يحجبها فهي أم ولد، فلما ركب وطأ لها خلفه ومد الحجاب بينه وبين الناس» متفق عليه، وهذا دليل على أن عدم حجب الإماء كان مستفيضاً بينهم مشهوراً وأن الحجب لغيرهن كان معلوماً، وقال أصحاب الشافعي يباح النظر منها إلى ما ليس بعورة وهو ما فوق السرة وتحت الركبة، وسوى بعض أصحابنا بين الحرة والأمة لقوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ﴾ [النور: ٣١] ولأن العلة في تحريم النظر الخوف من الفتنة والفتنة المخوفة تستوي فيها الحرة والأمة فإن الحرية حكم لا يؤثر في الأمر الطبيعي وقد ذكرنا ما يدل على التخصيص ويوجب الفرق بينهما وإن لم يفترقا فيما ذكروه افترقا في الحرمة وفي مشقة الستر لكن إن كانت الأمة جميلة يخاف الفتنة بها حرم النظر إليها كما يحرم النظر إلى الغلام الذي تخشى الفتنة بالنظر إليه قال أحمد في الأمة إذا كانت جميلة تنتقب ولا ينظر إلى المملوكة كم من نظرة ألقت في قلب صاحبها البلابل.

فصل: فأما الطفلة التي لا تصلح للنكاح فلا بأس بالنظر إليها قال أحمد في رواية الأثرم في رجل يأخذ الصغيرة فيضعها في حجره ويقبلها فإن كان يجد شهوة فلا وإن كان لغير شهوة فلا بأس وقد روى أبو بكر بإسناده عن عمر بن حفص المديني «أن الزبير بن العوام أرسل بابنة له إلى عمر بن الخطاب مع مولاة له فأخذها عمر بيده وقال ابنة أبي عبد الله فتحركت الأجراس من رجلها فأخذها عمر فقطعها وقال: قال رسول الله ﷺ: «مع كل جرس شيطان» فأما إذا بلغت حداً تصلح معه للنكاح كابنة تسع فإن عورتها مخالفة لعورة البالغة بدليل قوله عليه السلام: «لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار فدل على صحة

الصلاة ممن لم تحض مكشوفة الرأس فيحتمل أن يكون حكمها حكم ذوات المحارم كقولنا في الغلام المراهق مع النساء» وقد روى أبو بكر بن جريج قال قالت عائشة: «دخلت علي ابنة أخي مزينة فدخل علي النبي ﷺ فأعرض فقلت يا رسول الله إنها ابنة أخي وجارية فقال: «إذا عركت المرأة لم يجز لها أن تظهر إلا وجهها وإلا ما دون هذا» وقبض على ذراع نفسه فترك بين قبضته وبين الكف مثل قبضة أخرى أو نحوها وذكر حديث أسماء: «إذا بلغت المحيض لم يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا» وأشار إلى وجهه وكفيه واحتج أحمد بهذا الحديث. وتخصيص الحائض بهذا التحديد دليل على إباحة أكثر من ذلك في حق غيرها.

فصل: ومن ذهبت شهوته من الرجال لكبر أو عنة أو مرض لا يرجى برؤه والخصي والشيخ والمخنث الذي لا شهوة له فحكمه حكم ذوي المحرم في النظر لقول الله تعالى: ﴿أَوِ ٱلتَّابِعِينَ غَيْرِ أُولِي ٱلْإِرْبَةِ﴾ [النور: ٣١] أي غير أولي الحاجة إلى النساء، وقال ابن عباس: هو الذي لا تستحي منه النساء، وعنه: هو المخنث الذي لا يقوم ذَكرَه وعن مجاهد وقتادة الذي لا رب له في النساء فإن كان المخنث ذا شهوة ويعرف أمر النساء فحكمه حكم غيره لأن عائشة قالت: «دخل على أزواج النبي ﷺ مخنث، فكانوا يعدونه من غير أولي الإربة من الرجال. فدخل علينا النبي ﷺ: وهو ينعت امرأة أنها إذا أقبلت أقبلت بأربع، وإذا أدبرت أدبرت بثمان. فقال النبي ﷺ: «ألا أرى هذا يعلم ما ها هنا؟ لا يدخلن عليكم هذا فحجبوه» رواه أبو داود وغيره، قال ابن عبد البرليس المخنث الذي تعرف فيه الفاحشة خاصة وإنما التخنيث بشدة التأنيث في الخلقة حتى يشبه المرأة في اللين والكلام والنظر والنغمة والعقل فإذا كان كذلك لم يكن له في النساء ارب وكان لا يفطن لأمور النساء وهو من غير أولي الإربة الذين أبيح لهم الدخول على النساء، ألا ترى أن النبي ﷺ لم يمنع ذلك المخنث من الدخول على نسائه فلما سمعه يصف ابنة غيلان وفهم أمر النساء أمر بحجبه؟.

فصل: فأما الرجل مع الرجل فلكل واحد منهما النظر من صاحبه إلى ما ليس بعورة. وفي حدها روايتان: إحداهما: ما بين السرة والركبة والأخرى الفرجان وقد ذكرناهما في كتاب الصلاة ولا فرق بين الأمرد وذي اللحية إلا أن الأمرد إن كان جميلاً يخاف الفتنة بالنظر إليه لم يجز تعمد النظر إليه. وقد روي عن الشعبي قال: «قدم وفد عبد القيس على النبي ﷺ وفيهم علام أمرد ظاهر الوضاءة فأجلسه النبي ﷺ وراء ظهره» رواه أبو حفص. قال المروذي سمعت أبا بكر الأعين يقول: قدم علينا إنسان من خراسان صديق لأبي عبد الله ومعه غلام ابن أخت له وكان جميلاً فمضى إلى أبي عبد الله فحدثه فلما قمنا خلا بالرجل وقال له من هذا الغلام منك؟ قال ابن أختي قال إذا جئتني لا يكون معك والذي أرى لك أن لا يمشي معك في طريق، فأما الغلام الذي لم يبلغ تسعاً فلا عورة له يحرم النظر إليها وقد روي عن ابن أبي ليلى عن أبيه قال: «كنا جلوساً عند النبي ﷺ قال فجاء الحسن فجعل

يتمرغ عليه فوقع مقدم قميصه أراه قال فقبل زبيبته» رواه أبو حفص.

فصل: وحكم المرأة مع المرأة حكم الرجل مع الرجل سواء، ولا فرق بين المسلمتين وبين المسلمة والذمية كما لا فرق بين الرجلين المسلمين وبين المسلم والذمي في النظر قال أحمد ذهب بعض الناس إلى أنها لا تضع خمارها عند اليهودية والنصرانية وأما أنا فأذهب إلى أنها لا تنظر إلى الفرج ولا تقبلها حين تلد.

وعن أحمد رواية أخرى: أن المسلمة لا تكشف قناعها عند الذمية ولا تدخل معها الحمام وهو قول مكحول وسليمان بن موسى لقوله تعالى: ﴿أَوْ نِسَائِهِنَّ﴾ والأول أولى لأن النساء الكوافر من اليهوديات وغيرهن قد كن يدخلن على نساء النبي ﷺ فلم يكن يحتجبن ولا أمرن بحجاب. وقد قالت عائشة جاءت يهودية تسألها فقالت: أعاذك الله من عذاب القبر، فسألت عائشة رسول الله ﷺ ـ وذكر الحديث» وقالت أسماء: «قدمت علي أمي وهي راغبة ـ يعني عن الإسلام فسألت رسول الله ﷺ أصلها؟ قال: نعم» ولأن الحجب بين الرجال والنساء لمعنى لا يوجد بين المسلمة والذمية فوجب أن لا يثبت الحجب بينهما كالمسلم مع الذمي ولأن الحجاب إنما يجب بنص أو قياس ولم يوجد واحد منهما، فأما قوله: ﴿أَوْ نِسَائِهِنَّ﴾ فيحتمل أن يكون المراد جملة النساء.

فصل: فأما نظر المرأة إلى الرجل ففيه روايتان. إحداهما: لها النظر إلى ما ليس بعورة. والأخرى: لا يجوز لها النظر من الرجل إلا إلى مثل ما ينظر إليه منها اختاره أبو بكر وهذا أحد قولي الشافعي لما روى الزهري عن نَبهان عن أم سلمة قالت: «كنت قاعدة عند النبي ﷺ أنا وحفصة فاستأذن ابن أم مكتوم فقال النبي ﷺ: «احتجبن منه». فقلت يا رسول الله إنه ضرير لا يبصر قال: «أفعمياوان أنتما لا تبصرانه؟» رواه أبو داود وغيره، ولأن الله تعالى أمر النساء بغض أبصارهن كما أمر الرجال به، ولأن النساء أحد نوعي الآدميين فحرم عليهن النظر إلى النوع الآخر قياساً على الرجال يحققه أن المعنى المحرم للنظر خوف الفتنة وهذا في المرأة أبلغ فإنها أشد شهوة وأقل عقلاً فتسارع الفتنة إليها أكثر.

ولنا: قول النبي ﷺ لفاطمة بنت قيس «اعتدي في بيت ابن أم مكتوم فإنه رجل أعمى تضعين ثيابك فلا يراك» متفق عليه، وقالت عائشة: «كان رسول الله ﷺ يسترني بردائه وأنا أنظر إلى الحبشة يلعبون في المسجد» متفق عليه، ويوم فرغ النبي ﷺ من خطبة العيد «مضى إلى النساء فذكرهن ومعه بلال فأمرهن بالصدقة» ولأنهن لو منعن النظر لوجب على الرجال الحجاب كما وجب على النساء لئلا ينظرن إليهم، فأما حديث نبهان فقال أحمد نبهان روى حديثين عجيبين يعني هذا الحديث، وحديث «إذا كان لإحداكن مكاتب فلتحتجب منه» وكأنه أشار إلى ضعف حديثه إذ لم يرو إلا هذين الحديثين المخالفين للأصول، وقال ابن عبد البر نبهان مجهول لا يعرف إلا برواية الزهري عنه هذا الحديث، وحديث فاطمة

صحيح فالحجة به لازمة ثم يحتمل أن حديث نبهان خاص لأزواج النبي ﷺ كذلك قال أحمد وأبو داود قال الأثرم قلت لأبي عبد الله كان حديث نبهان لأزواج النبي ﷺ خاصة وحديث فاطمة لسائر الناس؟ قال نعم. وإن قدر التعارض فتقديم الأحاديث الصحيحة أولى من الأخذ بحديث مفرد في إسناده مقال.

مسألة: قال: (وإذا زوج أمة وشرط عليه أن تكون عندهم بالنهار ويبعث بها إليه بالليل فالعقد والشرط جائزان وعلى الزوج النفقة مدة مقامها عنده).

أما الشرط فصحيح لأنه لا يخل بمقصود النكاح فإن الاستمتاع إنما يكون ليلاً، وإذا كان الشرط صحيحاً لم يمنع صحة العقد فيكونان صحيحين، وعلى الزوج النفقة في الليل لأنها سلمت إليه فيه وليس عليه نفقة النهار لأنها في مقابلة الاستمتاع وهو لا يتمكن من الاستمتاع بها في تلك الحال وإذا لم تجب نفقة النهار على الزوج وجبت على السيد لأنها في خدمته حينئذ ولأنها باقية على الأصل في وجوبها على السيد فتكون نفقتها بينهما نصفين وكذلك الكسوة، وقال بعض أصحاب الشافعي ليس على الزوج شيء من النفقة لأنها لا تجب إلا بالتمكين التام ولم يوجد فلم يجب منها شيء كالحرة إذا بذلت التسليم في بعض الزمان دون بعض.

ولنا: إن النفقة عوض في مقابلة المنفعة فوجب منها بقدر ما يستوفيه كالأجرة في الإجارة وفارقت الحرة لأن التسليم عليها واجب في جميع الزمان فإذا امتنعت في البعض فلم تسلم ما وجب عليها تسليمه وها هنا قد سلم السيد جميع ما وجب عليه.

فصل: فإن زوجها من غير شرط فقال القاضي: الحكم فيه كما لو شرط وله استخدامها نهاراً وعليه إرسالها ليلاً للاستمتاع بها لأنه زمانه وذلك لأن السيد يملك من أمته منفعتين منفعة الاستخدام والاستمتاع فإذا عقد على إحداهما لم يلزمه تسليمها إلا في زمن استيفائها كما لو أجرها للخدمة لم يلزمه تسليمها إلا في زمنها وهو النهار والنفقة بينهما على قدر إقامتها عندهما، وإن تبرع السيد بإرسالها ليلاً ونهاراً فالنفقة كلها على الزوج وإن تبرع الزوج بتركها عند السيد ليلاً ونهاراً لم تسقط نفقتها عنه ولو تبرع كل واحد منهما بتركها عند الآخر وتدافعاها كانت نفقتها كلها على الزوج لأن الزوجية تقتضي وجوبها ما لم يمنع من استمتاعها عدواناً أو بشرط أو نحوه ولذلك تجب نفقتها مع تعذر استمتاعها بمرض أو حيض أو نحوهما فإذا لم يكن من السيد ها هنا منع فالنفقة على الزوج لوجود الزوجية المقتضية لها وعدم المانع منها.

فصل: فإن أراد الزوج السفر بها لم يملك ذلك لأنه يفوت خدمتها المستحقة لسيدها وإن أراد السيد السفر بها فقد توقف أحمد عن ذلك وقال ما أدري فيحتمل المنع منه لأنه يفوت حق الزوج منها فمنع منه قياساً على ما لو منعه منه مع الإقامة ولأنه مالك لإحدى

منفعتيها فلم يملك منع الآخر من السفر بها كالسيد وكما لو أجرها ثم أراد السفر بها. ويحتمل أن له السفر بها لأنه مالك رقبتها كسيد العبد إذا زوجه، وإن شرط الزوج أن تسلم إليه الأمة ليلاً ونهاراً جاز وعليه نفقتها كلها، وليس للسيد السفر بها لأنه لا حق له في بضعها.

فصل: ويستحب لمن أراد التزوج أن يختار ذات الدين لقول النبي ﷺ: «تنكح المرأة لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك» متفق عليه، ويختار البكر لقول رسول الله ﷺ: «أتزوجت يا جابر؟ قال: قلت نعم. قال: بكراً أم ثيباً. قال: قلت بل ثيباً. قال: فهلا بكراً تلاعبها وتلاعبك؟» متفق عليه. وعن عطاء عن النبي ﷺ أنه قال: «عليكم بالأبكار فإنهن أعذب أفواهاً وأنقى أرحاماً» رواه الإمام أحمد في رواية «وأنتق أرحاماً وأرضى باليسير» ويستحب أن تكون من نساء يعرفن بكثرة الولادة لما روي عن أنس قال: «كان رسول الله ﷺ يأمر بالباءة وينهى عن التبتل نهياً شديداً ويقول: «تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة» رواه سعيد. وروى معقل بن يسار قال جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال: إني أصبت امرأة ذات حسب ومنصب إلا أنها لا تلد أفأتزوجها؟ فنهاه ثم أتاه الثانية فنهاه ثم أتاه الثالثة فقال: «تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم» رواه النسائي.

وعن علي بن الحسين أن النبي ﷺ قال: «يا بني هاشم عليكم بنساء الأعاجم فالتمسوا أولادهن فإن في أرحامهن البركة» ويختار الجميلة لأنها أسكن لنفسه وأغض لبصره وأكمل لمودته ولذلك شرع النظر قبل النكاح وقد روي عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن رسول الله ﷺ أنه قال: «إنما النساء لعب فإذا اتخذ أحدكم لعبة فليستحسنها».

وعن أبي هريرة قال: قيل يا رسول الله أي النساء خير؟ قال: التي تسره إذا نظر وتطيعه إذا أمر ولا تخالفه في نفسها ولا في ماله بما يكره» رواه النسائي وعن يحيى بن جعدة أن رسول الله ﷺ قال: «خير فائدة أفادها المرء المسلم بعد إسلامه امرأة جميلة تسره إذا نظر إليها وتطيعه إذا أمرها وتحفظه في غيبته في ماله ونفسها» رواه سعيد.

ويختار ذات العقل ويجتنب الحمقاء لأن النكاح يراد للعشرة ولا تصلح العشرة مع الحمقاء ولا يطيب العيش معها وربما تعدى ذلك إلى ولدها. وقد قيل اجتنبوا الحمقاء فإن ولدها ضياع وصحبتها بلاء، ويختار الحسيبة ليكون ولدها نجيباً فإنه أشبه أهلها ونزع إليهم. وكان يقال: إذا أردت أن تتزوج امرأة فانظر إلى أبيها وأخيها، وعن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «تخيروا لنطفكم وأنكحوا الأكفاء وأنكحوا إليهم».

ويختار الأجنبية فإن ولدها أنجب ولهذا يقال: اغتبروا لا تضووا، يعني أنكحوا الغرائب كيلا تضعف أولادكم. وقال بعضهم: الغرائب أنجب وبنات العم أصبر. ولأنه لا تؤمن العداوة في النكاح وإفضاؤه إلى الطلاق فإذا كان في قرابته أفضى إلى قطيعة الرحم المأمور بصلتها. والله أعلم

باب ما يحرم نكاحه والجمع بينه وغير ذلك

التحريم للنكاح ضربان: تحريم عين وتحريم جمع، ويتنوع أيضاً نوعين تحريم نسب وتحريم سبب. والأصل في ذلك الكتاب والسنة والإجماع، فأما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] والآية التي قبلها والتي بعدها، وأما السنة فروى أبو هريرة عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا يجمع الرجل بين المرأة وعمتها ولا بينها وبين خالتها» متفق عليه. ومن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «إن الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة» أخرجه مسلم، وأجمعت الأمة على تحريم ما نص الله تعالى على تحريمه.

مسألة: قال: (والمحرمات نكاحهن بالأنساب: الأمهات والبنات والأخوات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت، والمحرمات بالأسباب: الأمهات المرضعات والأخوات من الرضاعة وأمهات النساء وبنات النساء اللاتي دخل بهن وحلائل الأبناء وزوجات الأب والجمع بين الأختين).

وجملة ذلك: أن المنصوص على تحريمهن في الكتاب أربع عشرة: سبع بالنسب، واثنتان بالرضاع، وأربع بالمصاهرة وواحدة بالجمع، فأما اللواتي بالنسب فأولاهن الأمهات، وهن كل من انتسبت إليها بولادة سواء وقع عليها اسم الأم حقيقة وهي التي ولدتك أو مجازاً وهي التي ولدت من ولدك وإن علت من ذلك جدتاك أم أمك وأم أبيك وجدتا أمك وجدتا أبيك وجدات جداتك وجدات أجدادك وإن علوا وارثات كن أو غير وارثات كلهن أمهات محرمات.

ذكر أبو هريرة هاجر أم اسماعيل فقال: «تلك أمكم يا بني ماء السماء، وفي الدعاء اللهم صل على أبينا آدم وأمنا حواء. والبنات وهن كل أنثى انتسبت إليك بولادتك كابنة الصلب وبنات البنين والبنات وإن نزلت درجتهن وارثات أو غير وارثات كلهن بنات محرمات لقوله تعالى: ﴿وَبَنَاتُكُمْ﴾ فإن كل امرأة بنت آدم كما أن كل رجل ابن آدم قال الله

تعالى: ﴿يَا بَنِي آدَمَ﴾ والأخوات من الجهات الثلاث من الأبوين أو من الأب أو من الأم لقوله تعالى: ﴿وَأَخَوَاتُكُمْ﴾ ولا تفريع عليهن والعمات أخوات الأب من الجهات الثلاث وأخوات لأجداد من قبل الأب ومن قبل الأم قريباً كان الجد أو بعيداً وارثاً أو غير وارث لقوله تعالى: ﴿وَعَمَّاتُكُمْ﴾ والخالات أخوات الأم من الجهات الثلاث وأخوات الجدات، وإن علون وقد ذكرنا أن كل جدة أم فكذلك كل أخت لجدة خالة محرمة لقوله: ﴿وَخَالَاتُكُمْ﴾ وبنات الأخ كل امرأة انتسبت إلى أخ بولادة فهي بنت أخ محرمة من أي جهة كان الأخ لقوله تعالى: ﴿وَبَنَاتُ الْأَخِ﴾ وبنات الأخت كذلك أيضاً محرمات لقوله سبحانه: ﴿وَبَنَاتُ الْأُخْتِ﴾ فهؤلاء المحرمات بالأنساب.

النوع الثاني: المحرمات تحريم السبب وهو قسمان: رضاع ومصاهرة، فأما الرضاع فالمنصوص على التحريم فيه اثنتان الأمهات المرضعات وهن اللاتي أرضعنك وأمهاتهن وجداتهن وإن علت درجتهن على حسب ما ذكرنا في النسب محرمات بقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ﴾ [النساء: ٢٣] كل امرأة أرضعتك أمها أو أرضعتها أمك أو أرضعتك وإياها امرأة واحدة أو ارتضعت أنت وهي من لبن رجل واحد كرجل له امرأتان لهما منه لبن أرضعتك إحداهما وأرضعتها الأخرى فهي أختك محرمة عليك لقوله سبحانه: ﴿وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ﴾ [النساء: ٢٣].

القسم الثاني: تحريم المصاهرة. والمنصوص عليه أربع: أمهات النساء فمن تزوج امرأة حرم عليه كل أم لها من نسب أو رضاع قريبة أو بعيدة بمجرد العقد نص عليه أحمد. وهو قول أكثر أهل العلم، منهم ابن مسعود وابن عمر وجابر وعمران بن حصين وكثير من التابعين، وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي، وحكي عن علي رضي الله عنه أنها لا تحرم إلا بالدخول بابنتها كما لا تحرم ابنتها إلا بالدخول.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] والمعقود عليها من نسائه فتدخل أمها في عموم الآية. قال ابن عباس: أبهموا ما أبهم القرآن، يعني عمموا حكمها في كل حال ولا تفصلوا بين المدخول بها وبين غيرها. وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «من تزوج امرأة فطلقها قبل أن دخل بها لا بأس أن يتزوج ربيبته ولا يحل له أن يتزوج أمها» رواه أبو حفص بإسناده وقال زيد: تحرم بالدخول أو بالموت لأنه يقوم مقام الدخول وقد ذكرنا ما يوجب التحريم مطلقاً سواء وجد الدخول أو الموت أو لا ولأنها حرمت بالمصاهرة بقبول مبهم فحرمت بنفس العقد كحليلة الابن والأب.

الثانية: بنات النساء اللاتي دخل بهن وهن الربائب فلا يحرمن إلا بالدخول بأمهاتهن وهن كل بنت للزوجة من نسب أو رضاع قريبة أو بعيدة وارثة أو غير وارثة على حسب ما ذكرنا في البنات إذا دخل بالأم حرمت عليه سواء كانت في حجره أو لم تكن في قول عامة

الفقهاء، إلا أنه روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنهما رخصا فيها إذا لم تكن في حجره. وهو قول داود لقول الله تعالى: ﴿وَرَبَائِبُكُمُ ٱللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] قال ابن المنذر: وقد أجمع علماء الأمصار على خلاف هذا القول.

وقد ذكرنا حديث عبد الله بن عمرو في هذا، وقال النبي ﷺ لأم حبيبة: «لا تعرضن علي بناتكن ولا أخواتكن» ولأن التربية لا تأثير لها في التحريم كسائر المحرمات. فأما الآية فلم تخرج مخرج الشرط، وإنما وصفها بذلك تعريفاً لها بغالب حالها، وما خرج مخرج الغالب لا يصح التمسك بمفهومه وإن لم يدخل بالمرأة لم تحرم عليه بناتها في قول عامة علماء الأمصار إذا بانت من نكاحه إلا أن يموت قبل الدخول ففيه روايتان. إحداهما: تحرم ابنتها، وبه قال زيد بن ثابت وهي اختيار أبي بكر. لأن الموت أقيم مقام الدخول في تكميل العدة والصداق فيقوم مقامه في تحريم الربيبة، والثانية: لا تحرم وهو قول علي ومذهب عامة العلماء قال ابن المنذر وأجمع عوام علماء الأمصار أن الرجل إذا تزوج المرأة ثم طلقها أو ماتت قبل الدخول بها جاز له أن يتزوج ابنتها كذلك قال مالك والثوري والأوزاعي والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور ومن تبعهم. لأن الله تعالى قال: ﴿مِنْ نِسَائِكُمُ ٱللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] وهذا نص لا يترك لقياس ضعيف، وحديث عبد الله بن عمر وقد ذكرناه، ولأنها فرقة قبل الدخول فلم تحرم الربيبة كفرقة الطلاق والموت لا يجري مجرى الدخول في الإحصان والإحلال وعدة الأقراء، وقيامه مقامه من وجه ليس بأولى من مفارقته إياه من وجه آخر ولو قام مقامه من كل وجه فلا يترك صريح نص الله تعالى ونص رسوله لقياس ولا غيره.

إذا ثبت هذا فإن الدخول بها هو وطؤها كنى عنه بالدخول فإن خلا بها ولم يطأها لم تحرم ابنتها لأنها غير مدخول بها، وظاهر قول الخرقي تحريمها لقوله فإن خلا بها وقال لم أطأها وصدقته لم يلتفت إلى قولها وكان حكمها حكم الدخول في جميع أمورها إلا في الرجوع إلى زوج طلقها ثلاثاً وفي الزنا فإنهما يجلدان ولا يرجمان وسنذكره فيما بعد إن شاء الله. الثالثة: حلائل الأبناء يعني أزواجهم سميت امرأة الرجل حليلة لأنها محل إزار زوجها وهي محللة له، فيحرم على الرجل أزواج أبنائه وأبناء بناته من نسب أو رضاع قريباً كان أو بعيداً بمجرد العقد لقوله تعالى: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] ولا نعلم في هذا خلافاً. الرابعة: زوجات الأب فتحرم على الرجل امرأة أبيه قريباً أو بعيداً وارثاً أو غير وارث من نسب أو رضاع لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ ٱلنِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [النساء: ٢٢] وقال البراء بن عازب: «لقيت خالي ومعه الراية فقلت: أين تريد؟ قال: أرسلني رسول الله ﷺ إلى رجل تزوج امرأة أبيه من بعده أن أضرب عنقه أو أقتله» رواه النسائي. وفي رواية قال: «لقيت عمي الحارث بن عمرو ومعه الراية» فذكر الخبر

كذلك. رواه سعيد وغيره. وسواء في هذا امرأة أبيه أو امرأة جده لأبيه وجده لأمه قرب أم بعد، وليس في هذا بين أهل العلم خلافاً علمناه والحمد لله، ويحرم عليه من وطئها أبوه أو ابنه بملك يمين أو شبهة كما يحرم عليه من وطئها في عقد نكاح قال ابن المنذر: الملك في هذا والرضاع بمنزلة النسب وممن حفظنا ذلك عنه عطاء وطاوس والحسن وابن سيرين ومكحول وقتادة والثوري والأوزاعي وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا نحفظ عن أحد خلافهم. **الضرب الثاني**: تحريم الجمع. والمذكور في الكتاب الجمع بين الأختين سواء كانتا من نسب أو رضاع حرتين كانتا أو أمتين أو حرة وأمة من أبوين كانتا أو من أب أو أم وسواء في هذا ما قبل الدخول أو بعده لعموم الآية فإن تزوجهما في عقد واحد فسد لأنه لا مزية لإحداهما على الأخرى وسواء علم بذلك حال العقد أو بعده فإن تزوج إحداهما بعد الأخرى فنكاح الأولى صحيح لأنه لم يحصل فيه جميع ونكاح الثانية باطل لأنه به يحصل الجمع وليس في هذا بحمد الله اختلاف وليس عليه تفريع.

مسألة: قال: (ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب).

كل امرأة حرمت من النسب حرم مثلها من الرضاع وهن الأمهات والبنات والأخوات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت على الوجه الذي شرحناه في النسب لقول النبي ﷺ «يحرم من الرضاع ما يحرم النسب» متفق عليه وفي رواية مسلم «الرضاع يحرم ما تحرم الولادة» وقال النبي ﷺ في درة بنت أبي سلمة: «إنها لو لم تكن ربيبتي في حجري ما حلت لي، إنها ابنة أخي من الرضاعة أرضعتني وإياها ثويبة» متفق عليه، لأن الأمهات والأخوات منصوص عليهن والباقيات يدخلن في عموم لفظ سائر المحرمات ولا نعلم في هذا خلافاً.

مسألة: قال: (ولبن الفحل محرم).

معناه أن المرأة إذا أرضعت طفلاً بلبن ثاب[1] من وطء رجل حرم الطفل على الرجل وأقاربه كما يحرم ولده من النسب لأن اللبن من الرجل كما هو من المرأة فيصير الطفل ولد الرجل والرجل أباه، وأولاد الرجل إخوته سواء كانوا من تلك المرأة أو من غيرها، وإخوة الرجل وأخواته أعمام الطفل وعماته وآباؤه وأمهاته أجداده وجداته، قال أحمد: لبن الفحل أن يكون للرجل امرأتان فترضع هذه صبية وهذه صبياً لا يزوج هذا من هذا، وسئل ابن عباس عن رجل له جاريتان أرضعت إحداهما جارية والأخرى غلاماً فقال: لا، اللقاح

(١) كذا في الأصول.

واحد. قال الترمذي: هذا تفسير لبن الفحل وممن قال بتحريمه علي وابن عباس وعطاء وطاوس ومجاهد والحسن والشعبي والقاسم وعروة ومالك والثوري والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي. قال ابن عبد البر، وإليه ذهب فقهاء الأمصار بالحجاز والعراق والشام وجماعة أهل الحديث، ورخص في لبن الفحل سعيد بن المسيب وأبو سلمة بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار وعطاء بن يسار والنخعي وأبو قلابة. ويروى ذلك عن ابن الزبير وجماعة من أصحاب رسول الله ﷺ غير مسمين لأن الرضاع من المرأة لا من الرجل. ويروى عن زينب بنت أبي سلمة «أنها أرضعتها أسماء بنت أبي بكر امرأة الزبير، قالت: وكان الزبير يدخل علي وأنا أمتشط فيأخذ بقرن من قرون رأسي فيقول: اقبلي علي فحدثيني أراه والداً وما ولد فهم إخوتي ثم إن عبد الله بن الزبير أرسل يخطب إلي أم كلثوم ابنتي على حمزة بن الزبير وكان حمزة للكلبية فقلت لرسوله: وهل تحل له؟ وإنما هي ابنة أخيه فقال عبد الله: إنما أردت بهذا المنع لما قبلك أما ما ولدت أسماء فهم إخوتك وما كان من غير أسماء فليسوا لك بإخوة فأرسلي فسلي عن هذا فأرسلت فسألت وأصحاب رسول الله ﷺ متوافرون فقالوا لها: إن الرضاعة من قبل الرجل لا تحرم شيئاً فأنكحتها إياه فلم تزل عنده حتى هلك عنها».

ولنا: ما روت عائشة رضي الله عنها: «أن أفلح أخا أبي القعيس أستأذن علي بعد ما أنزل الحجاب فقلت والله لا آذن له حتى أستأذن رسول الله ﷺ فإن أخا أبي القعيس ليس هو أرضعني ولكن أرضعتني امرأة أبي القعيس فدخل عليَّ رسول الله ﷺ فقلت: يا رسول الله إن الرجل ليس هو أرضعني ولكن أرضعتني امرأته قال: ائذني له فإنه عمك تربت يمينك» قال عروة: فبذلك كانت عائشة تأخذ بقول «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» متفق عليه وهذا نص قاطع في محل النزاع فلا يعول على ما خالفه فأما حديث زينب فإن صح فهو حجة لنا فإن الزبير كان يعتقد أنها ابنته وتعتقده أباها. والظاهر أن هذا كان مشهوراً عندهم وقوله مع إقرار أهل عصره أولى من قول ابنه وقول قوم لا يعرفون.

مسألة: قال: (والجمع بين المرأة وبين عمتها وبينها وبين خالتها).

قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على القول به وليس فيه بحمد الله اختلاف إلا أن بعض أهل البدع ممن لا تعد مخالفته خلافاً وهم الرافضة والخوارج لم يحرموا ذلك ولم يقولوا بالسنة الثابتة عن رسول الله ﷺ وهي ما روى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها» متفق عليه وفي رواية أبي داود «لا تنكح المرأة على عمتها ولا العمةَ على بنت أخيها ولا المرأة على خالتها ولا الخالة على بنت أختها لا تنكح الكبرى على الصُغرى ولا الصغرى على الكُبرى» ولأنَّ العلة في تحريم الجمع بين الأختين إيقاع العداوة بين الأقارب وإفضاؤه إلى قطيعة الرحم المحرم وهذا موجود فيما ذكرنا، فإن

احتجوا بعموم قوله سبحانه: ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] خصصناه بما رويناه، وبلغنا أن رجلين من الخوارج أتيا عمر بن عبد العزيز فكان مما أنكرا عليه رجم الزاني وتحريم الجمع بين المرأة وعمتها وبينها وبين خالتها وقالا: ليس هذا في كتاب الله تعالى فقال لهما: كم فرض الله عليكم من الصلاة؟ قالا: خمس صلوات في اليوم والليلة وسألهما عن عدد ركعاتها فأخبراه بذلك وسألهما عن مقدار الزكاة ونصبها فأخبراه. فقال: فهل تجدان ذلك في كتاب الله؟ قالا لا نجده في كتاب الله قال فمن أين صرتما إلى ذلك؟ قالا: فعله رسول الله ﷺ والمسلمون بعده. قال فكذلك هذا. ثم لا فرق بين الخالة والعمة حقيقة أو مجازاً كعمات آبائها وخالاتهم وعمات أمهاتها وخالاتهن وإن علت درجتهن من نسب كان ذلك أو من رضاع، فكل شخصين لا يجوز لأحدهما أن يتزوج الآخر لو كان أحدهما ذكراً والآخر أنثى لأجل القرابة لا يجوز الجمع بينهما لتأدية ذلك إلى قطيعة الرحم القريبة لما في الطباع من التنافس والغيرة بين الضرائر، ولا يجوز الجمع بين المرأة وأمها في العقد لما ذكرناه ولأن الأم إلى ابنتها أقرب من الأختين فإذا لم يجمع بين الأختين فالمرأة وابنتها أولى.

فصل: ولا يحرم الجمع بين ابنتي العم وابنتي الخال في قول عامة أهل العلم لعدم النص فيهما بالتحريم ودخولهما في عموم قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] ولأن إحداهما تحل لها الأخرى لو كانت ذكراً، وفي كراهة ذلك روايتان. **إحداهما:** يكره روي ذلك عن ابن مسعود وبه قال جابر بن زيد وعطاء والحسن وسعيد بن عبد العزيز وروى أبو حفص بإسناده عن عيسى بن طلحة قال: «نهى رسول الله ﷺ أن تزوج المرأة على ذي قرابتها كراهية القطيعة» ولأنه مفض إلى قطيعة الرحم المأمور بصلتها فأقل أحواله الكراهة. **والأخرى:** لا يكره وهو قول سليمان بن يسار والشعبي وحسين بن حسن والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبي عبيد لأنه ليست بينهما قرابة تحرم الجمع فلا يقتضي كراهته كسائر الأقارب.

مسألة: قال: (وإذا عقد على المرأة ولم يدخل بها فقد حرمت على ابنه وأبيه وحرمت عليه أمها، والجد وإن علا فيما قلت بمنزلة الأب وابن الابن فيه وإن سفل بمنزلة الابن).

وجملة ذلك: أن المرأة إذا عقد الرجل عقد النكاح عليها حرمت على أبيه بمجرد العقد عليها لقول الله تعالى: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمْ﴾ [النساء: ٢٢] وهذه من حلائل أبنائه وتحرم على أبيه لقوله سبحانه: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾ [النساء: ٢٢] وهذه قد نكحها أبوه» وتحرم أمها عليه لقوله سبحانه: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ وهذه منهن. وليس في هذا اختلاف بحمد الله إلا شيء ذكرناه فيما تقدم، والجد كالأب في هذا، وابن الابن كالابن فيه لأنهم

يدخلون في اسم الآباء والأبناء وسواء في هذا القريب والبعيد والوارث وغيره من قبل الأب والأم ومن ولد البنين أو ولد البنات وقد تقدم ذلك.

مسألة: قال: (وكل من ذكرنا من المحرمات من النسب والرضاع فبناتهن في التحريم كلهن إلا بنات العمات والخالات وبنات من نكحهن الآباء والأبناء فإنهن محللات، وكذلك بنات الزوجة التي لم يدخل بها).

وجملة ذلك: أن كل محرمة تحرم ابنتها لتناول التحريم لها فالأمهات تحرم بناتهن لأنهن أخوات أو عمات أو خالات والبنات يحرم بناتهن لأنهن بنات ويحرم بنات الأخوات وبناتهن لأنهن بنات الأخت وكذلك بنات بنات الأخ إلا بنات العمات والخالات فلا يحرمن بالإجماع لقول الله تعالى: ﴿وَبَنَاتِ عَمِّكَ وَبَنَاتِ عَمَّاتِكَ وَبَنَاتِ خَالِكَ وَبَنَاتِ خَالَاتِكَ﴾ [الأحزاب: ٥٠] فأحلهن الله لنبيه عليه السلام، ولأنهن لم يذكرن في التحريم فيدخلن في قول الله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] وكذلك لا يحرم بنات زوجات الآباء والأبناء لأنهن حرمن لكونهن حلائل الآباء والأبناء، ولم يوجد ذلك في بناتهن ولا وجدت فيهن علة أخرى تقتضي تحريمهن فدخلن في قوله سبحانه: ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] وكذلك بنات الزوجة التي لم يدخل بها محللات لقوله سبحانه: ﴿فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] وهن الربائب وليس هؤلاء ممن حرمت أمهن، وإنما ذكرها لأنها محللة فيشتبه حكمها، فإن قيل فلم حرمت ابنة الربيبة ولم تحرم ابنة حليلة الابن؟ قلنا لأن ابنة الربيبة ربيبة وابنة الحليلة ليست حليلة. ولأن علة تحريم الربيبة أنه يشق التحرز من النظر إليها والخلوة بها بكونها في حجره في بيته، وهذا المعنى يوجد في بنتها وإن سفلت والحليلة حرمت بنكاح الأب والابن لها ولا يوجد ذلك في ابنتها.

مسألة: قال: (ووطء الحرام محرم كما يحرم وطء الحلال والشبهة).

يعني أنه يثبت به تحريم المصاهرة. فإذا زنى بامرأة حرمت على أبيه وابنه وحرمت عليه أمها وابنتها كما لو وطئها بشبهة أو حلالاً، ولو وطيء أم امرأته أو ابنتها حرمت عليه امرأته: نص أحمد على هذا في رواية جماعة، وروي نحو ذلك عن عمران بن حصين، وبه قال الحسن وعطاء وطاوس ومجاهد والشعبي والنخعي والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي.

وروي عن ابن عباس أن وطء الحرام لا يحرم، وبه قال سعيد بن المسيب ويحيى بن يعمر وعروة والزهري ومالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يحرم الحرام الحلال» ولأنه وطء لا تصير به الموطوءة فراشاً فلا يحرم كوطء الصغيرة.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٢٢] والوطء يسمى نكاحاً، قال الشاعر:

إذا زنيت فأجد نكاحاً

فحمل في عموم الآية وفي الآية قرينة تصرفه إلى الوطء وهو قوله سبحانه وتعالى: ﴿إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ٢٢] وهذا التغليظ إنما يكون في الوطء، وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابنتها» وروى الجوزجاني بإسناده عن وهب بن منبه قال: «ملعون من نظر إلى فرج امرأة وابنتها» فذكرته لسعيد بن المسيب فأعجبه. ولأن ما تعلق من التحريم بالوطء المباح تعلق بالمحظور كوطء الحائض ولأن النكاح عقد يفسده الوطء بالشبهة فأفسده الوطء الحرام كالإحرام، وحديثهم لا نعرف صحته وإنما هو من كلام ابن أشوع بعض قضاة العراق كذلك قال الإمام أحمد: وقيل إنه من قول ابن عباس ووطء الصغيرة ممنوع ثم يبطل بوطء الشبهة.

فصل: والوطء على ثلاثة أضرب: مباح وهو الوطء في نكاح صحيح أو ملك يمين فيتعلق به تحريم المصاهرة بالإجماع ويعتبر محرماً لمن حرمت عليه لأنها حرمت عليه على التأبيد بسبب مباح أشبه النسب. **الثاني**: الوطء بالشبهة وهو الوطء في نكاح فاسد أو شراء فاسد أو وطء امرأة ظنها امرأته أو أمته أو وطء الأمة المشتركة بينه وبين غيره وأشباه هذا هذا يتعلق به التحريم كتعلقه بالوطء المباح إجماعاً، قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من علماء الأمصار على أن الرجل إذا وطيء امرأة بنكاح فاسد أو بشراء فاسد أنها تحرم على أبيه وابنه وأجداده وولد ولده وهذا مذهب مالك والأوزاعي والثوري والشافعي وأحمد وإسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي، ولأنه وطء يلحق به النسب فأثبت التحريم كالوطء المباح ولا يصير الرجل محرماً لمن حرمت عليه ولا يباح له به النظر إليها لأن الوطء ليس بمباح ولأن المحرمية تتعلق بكمال حرمة الوطء لأنها إباحة ولأن الموطوءة لم يستبح النظر إليها فلأن لا يستبيح النظر إلى غيرها أولى.

الثالث: الحرام المحض وهو الزنا فيثبت به التحريم على الخلاف المذكور ولا تثبت به المحرمية ولا إباحة النظر لأنه إذا لم يثبت بوطء الشبهة فالحرام المحض أولى ولا يثبت به نسب ولا يجب به المهر إذا طاوعته فيه.

فصل: ولا فرق فيما ذكرنا بين الزنا في القبل والدبر لأنه يتعلق به التحريم فيما إذا وجد في الزوجة والأمة فكذلك في الزنا فإن تلوط بغلام فقال بعض أصحابنا يتعلق به التحريم أيضاً فيحرم على اللائط أم الغلام وابنته وعلى الغلام أم اللائط وابنته قال ونص عليه أحمد وهو قول الأوزاعي لأنه وطء في الفرج فنشر الحرمة كوطء المرأة ولأنها بنت من

وطئه وأمه فحرمتا عليه كما لو كانت الموطوءة أنثى. وقال أبو الخطاب يكون ذلك كالمباشرة دون الفرج يكون فيه روايتان والصحيح أن هذا لا ينشر الحرمة فإن هؤلاء غير منصوص عليهن في التحريم فيدخلن في عموم قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] ولأنهن غير منصوص عليهن ولا في معنى المنصوص عليه فوجب أن لا يثبت حكم التحريم فيهن فإن المنصوص عليهن في هذا حلائل الأبناء ومن نكحهن الآباء وأمهات النساء وبناتهن وليس هؤلاء منهن ولا في معناهن لأن الوطء في المرأة يكون سبباً للبضعية ويوجب المهر ويلحق به النسب وتصير به المرأة فراشاً ويثبت أحكاماً لا يثبتها اللواط فلا يجوز إلحاقه بهن لعدم العلة وانقطاع الشبهة ولذلك لو أرضع الرجل طفلاً لم يثبت به حكم التحريم فها هنا أولى وإن قدر بينهما شبه من وجه ضعيف فلا يجوز تخصيص عموم الكتاب به واطراح النص بمثله.

فصل: ويحرم على الرجل نكاح ابنته من الزنا وأخته وبنت ابنه وبنت ابنته وبنت أخيه وأخته من الزنا وهو قول عامة الفقهاء، وقال مالك والشافعي في المشهور من مذهبه يجوز ذلك كله لأنها أجنبية منه ولا تنسب إليه شرعاً ولا يجري التوارث بينهما ولا تعتق عليه إذا ملكها ولا تلزمه نفقتها فلم تحرم عليه كسائر الأجانب.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] وهذه ابنته فإنها أنثى مخلوقة من مائه هذه حقيقة لا تختلف بالحل والحرمة يدل على ذلك قول النبي ﷺ في امرأة هلال بن أمية «انظروه يعني ولدها فإن جاءت به على صفة كذا فهو لشريك بن سحماء» يعني الزاني لأنها مخلوقة من مائه وهذه حقيقة لا تختلف بالحل والحرمة فأشبهت المخلوقة من وطء بشبهة ولأنها بضعة منه فلم تحل له كابنته من النكاح وتخلف بعض الأحكام لا ينفي كونها بنتاً كما لو تخلف لرق أو اختلاف دين.

إذا ثبت هذا: فلا فرق بين علمه بكونها منه مثل أن يطأ امرأة في طهر لم يصبها فيه غيره ثم يحفظها حتى تضع أو مثل أن يشترك جماعة في وطء امرأة فتأتي بولد لا يعلم هل هو منه أو من غيره؟ فإنها تحرم على جميعهم لوجهين: **أحدهما:** أنها بنت موطوءتهم. **والثاني:** أننا نعلم أنها بنت بعضهم فتحرم على الجميع كما لو زوج الوليان ولم يعلم السابق منهما وتحرم على أولادهم لأنها أخت بعضهم غير معلوم فإن ألحقتها القافة بأحدهم حلت لأولاد الباقين ولم تحل لأحد ممن وطىء أمها لأنها في معنى ربيبته.

فصل: ووطء الميتة يحتمل وجهين: **أحدهما:** ينشر الحرمة. لأنه معنى ينشر الحرمة المؤبدة فلم يختص بالحياة كالرضاع. **والثاني:** لا ينشرها وهو قول أبي حنيفة والشافعي. لأنه ليس بسبب للبضعية ولأن التحريم يتعلق باستيفاء منفعة الوطء والموت يبطل المنافع، وأما الرضاع فيحرم لما يحصل به من إنبات اللحم وإنشاز العظم وهذا يحصل من لبن الميتة وفي

وطء الصغيرة أيضاً وجهان: **أحدهما**: ينشرها وهو قول أبي يوسف لأنه وطء لآدمية حية في القبل أشبه وطء الكبيرة. **والثاني**: لا ينشرها وهو قول أبي حنيفة. لأنه ليس بسبب للبضعية أشبه وطء الميتة.

فصل: فأما المباشرة فيما دون الفرج فإن كانت لغير شهوة لم تنشر الحرمة بغير خلاف نعلمه، وإن كانت لشهوة وكانت في أجنبية لم تنشر الحرمة أيضاً. قال الجوزجاني: سألت أحمد عن رجل نظر إلى أم امرأته في شهوة أو قبلها أو باشرها فقال: أنا أقول لا يحرمه شيء من ذلك إلا الجماع وكذلك نقل أحمد بن القاسم وإسحاق بن منصور، وإن كانت المباشرة لامرأة محللة له كامرأته أو مملوكته لم تحرم عليه ابنتها. قال ابن عباس: لا يحرم الربيبة إلا جماع أمها وبه قال طاوس وعمرو بن دينار لأن الله تعالى قال: ﴿فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] وهذا ليس بدخول فلا يجوز ترك النص الصريح من أجله، وأما تحريم أمها وتحريمها على أبي المباشر لها وابنه فإنها في النكاح تحرم بمجرد العقد قبل المباشرة فلا يظهر للمباشرة أثر، وأما الأمة: فمتى باشرها دون الفرج لشهوة فهل يثبت تحريم المصاهرة؟ فيه روايتان: **إحداهما**: ينشرها. روي ذلك عن ابن عمر وعبد الله بن عمرو ومسروق وبه قال القاسم والحسن ومكحول والنخعي والشعبي ومالك والأوزاعي وأبو حنيفة وعلي بن المديني وهو أحد قولي الشافعي. لأنه نوع استمتاع فتعلق به تحريم المصاهرة كالوطء في الفرج ولأنه تلذذ بمباشرة يتعلق به التحريم كما لو وطيء. **والثانية**: لا يثبت به التحريم. لأنها ملامسة لا توجب الغسل فلم يثبت بها التحريم كما لو لم يكن بشهوة لأن ثبوت التحريم إما أن يكون بنص أو قياس على المنصوص ولا نص في هذا ولا هو في معنى المنصوص عليه ولا المجمع عليه فإن الوطء يتعلق به من الأحكام استقرار المهر والإحصان والاغتسال والعدة وإفساد الإحرام والصيام بخلاف اللمس وذكر أصحابنا الروايتين في جميع الصور من غير تفصيل وهذا الذي ذكرناه أقرب إلى الصواب إن شاء الله سبحانه.

فصل: ومن نظر إلى فرج امرأة بشهوة فهو كلمسها لشهوة فيه أيضاً روايتان: **إحداهما**: ينشر الحرمة في الموضع الذي ينشرها اللمس، روي عن عمر وابن عمر وعامر بن ربيعة وكان بدرياً وعبد الله بن عمرو فيمن يشتري الخادم ثم يجردها أو يقبلها لا يحل لابنه وطؤها وهو قول القاسم والحسن ومجاهد ومكحول وحماد بن أبي سليمان وأبي حنيفة لما روى عبد الله بن مسعود عن النبي ﷺ أنه قال: «من نظر إلى فرج امرأة لم تحل له أمها وابنتها». وفي لفظ «لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابنتها». **والثانية**: لا يتعلق به التحريم وهو قول الشافعي، وأكثر أهل العلم لقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] ولأنه نظر من غير مباشرة فلم يوجب التحريم كالنظر إلى الوجه والخبر ضعيف قاله الدارقطني وقيل هو موقوف على ابن مسعود ثم يحتمل أنه كني بذلك عن الوطء، وأما

النظر إلى سائر البدن فلا ينشر حرمة، وقال بعض أصحابنا: لا فرق بين النظر إلى الفرج وسائر البدن لشهوة والصحيح خلاف هذا فإن غير الفرج لا يقاس عليه لما بينهما من الفرق ولا خلاف نعلمه في أن النظر إلى الوجه لا يثبت الحرمة فكذلك غيره ولا خلاف أيضاً في أن النظر إذا وقع من غير شهوة لا ينشر حرمة لأن اللمس الذي هو أبلغ منه لا يؤثر إذا كان لغير شهوة فالنظر أولى وموضع الخلاف في اللمس والنظر فيمن بلغت سناً يمكن الاستمتاع منها كابنة تسع فما زاد فأما الطفلة فلا يثبت فيها ذلك. وقد روي عن أحمد في بنت سبع إذا قبلها حرمت عليه أمها. قال القاضي: هذا عندي محمول على السن الذي توجد معه الشهوة.

فصل: فإن نظرت المرأة إلى فرج رجل لشهوة فحكمه في التحريم حكم نظره إليها نص عليه أحمد لأنه معنى يوجب التحريم فاستوى فيه الرجل والمرأة كالجماع، وكذلك ينبغي أن يكون حكم لمسها له وقبلتها إياه لشهوة لما ذكرنا.

فصل: فأما الخلوة بالمرأة فالصحيح أنها لا تنشر حرمة، وقد روي عن أحمد إذا خلا بالمرأة وجب الصداق والعدة ولا يحل له أن يتزوج أمها وابنتها. قال القاضي: هذا محمول على أنه حصل مع الخلوة مباشرة فيخرج كلامه على إحدى الروايتين اللتين ذكرناهما فأما مع خلوه من ذلك فلا يؤثر في تحريم الربيبة لما في ذلك من مخالفة قوله سبحانه: ﴿فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] وقوله: ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] وأما الخلوة بأجنبية أو أمته فلا تنشر تحريماً لا نعلم في ذلك خلافاً وكل من حرم نكاحها حرم وطؤها بملك اليمين. لأنه إذا حرم العقد المراد للوطء فالوطء أولى.

مسألة: قال: (وإن تزوج أختين من نسب أو رضاع في عقد واحد فسد وإن تزوجهما في عقدين فالأولى زوجته والقول فيهما القول في المرأة وعمتها والمرأة وخالتها).

وجملة ذلك: أن الجمع بين المرأة وأختها أو عمتها أو خالتها محرم فمن جمع بينهما فعقد عليهما معاً لم يصح العقد في واحدة منهما لأنه لا يمكن تصحيحه فيهما ولا مزية لإحداهما على الأخرى فيبطل فيهما كما لو زوجت المرأة لرجلين وهكذا لو تزوج خمسة في عقد واحد بطل في الجميع لذلك وإن تزوجهما في عقدين فنكاح الأولى صحيح لأنه لا جمع فيه ونكاح الثانية باطل لأن الجمع يحصل به فبالعقد على الأولى تحرم الثانية ولا يصح عقده عليها حتى تبين الأولى منه ويزول نكاحها وعدتها.

فصل: فإن تزوجهما في عقدين ولم يدر أولاهما فعليه فرقتهما معاً. قال أحمد في رجل تزوج أختين لا يدري أيتهما تزوج أولاً: نفرق بينه وبينهما وذلك لأن إحداهما محرمة عليه

ونكاحها باطل ولا نعرف المحللة له فقد اشتبهتا عليه ونكاح إحداهما يصح ولا تتيقن بينونتها منه إلا بطلاقهما جميعاً أو فسخ نكاحهما فوجب ذلك كما لو زوج الوليان ولم يعرف الأول منهما وإن أحب أن يفارق إحداهما ثم يجدد عقد الأخرى ويمسكها فلا بأس وسواء فعل ذلك بقرعة أو بغير قرعة ولا يخلو من ثلاثة أقسام: **أحدها**: أن لا يكون دخل بواحدة منهما فله أن يعقد على إحداهما في الحال بعد فراق الأخرى. **الثاني**: إذا دخل بإحداهما فإن أراد نكاحها فارق التي لم يصبها بطلقة ثم ترك المصابة حتى تنقضي عدتها ثم نكحها لأننا لا نأمن أن تكون هي الثانية فيكون قد أصابها في نكاح فاسد فلهذا اعتبرنا انقضاء عدتها ويحتمل أن يجوز له العقد عليها في الحال. لأن النسب لاحق به ولا يصان ذلك عن مائه وإن أحب نكاح الأخرى فارق المصابة بطلقة ثم انتظرها حتى تنقضي عدتها ثم تزوج أختها. **القسم الثالث**: إذا دخل بهما فليس له نكاح واحدة منهما حتى يفارق الأخرى وتنقضي عدتها من حين فرقتها وتنقضي عدة الأخرى من حين أصابها وإن ولدت منه إحداهما أو هما جميعاً فالنسب لاحق به لأنه إما من نكاح صحيح أو نكاح فاسد وكلاهما يلحق النسب فيه وإن لم يرد نكاح واحدة منهما فارقهما بطلقة طلقة.

فصل: فأما المهر فإن لم يدخل بواحدة منهما فلإحداهما نصف المهر ولا نعلم من يستحقه منهما فيصطلحان عليه وإن لم يفعلا أقرع بينهما فكان لمن خرجت قرعتها مع يمينها وقال أبو بكر اختياري أن يسقط المهر إذا كان مجبراً على الطلاق قبل الدخول وإن دخل بواحدة منهما أقرع بينهما فإن وقعت لغير المصابة فلها نصف المهر وللمصابة مهر المثل بما استحل من فرجها، وإن وقعت على المصابة فلا شيء للأخرى وللمصابة المسمى جميعه وإن أصابهما معاً فلإحداهما المسمى وللأخرى مهر المثل يقرع بينهما فيه إن قلنا إن الواجب في النكاح الفاسد مهر المثل وإن قلنا بوجوب المسمى فيه وجب ها هنا لكل واحد منهما.

فصل: قال أحمد إذا تزوج امرأة ثم تزوج أختها ودخل بها اعتزل زوجته حتى تنقضي عدة الثانية إنما كان كذلك لأنه لو أراد العقد على أختها في الحال لم يجز له حتى تنقضي عدة الموطوءة كذلك لا يجوز الوطء لامرأته حتى تنقضي عدة أختها التي أصابها.

مسألة: قال: (وإن تزوج أخته من الرضاع وأجنبية في عقد واحد ثبت نكاح الأجنبية).

وجملة ذلك: أنه إذا عقد النكاح على أخته وأجنبية معاً بأن يكون لرجل أخت وابنة عم إحداهما رضيعة المتزوج فيقول له زوجتكهما معاً فيقبل ذلك فالمنصوص هنا صحة نكاح الأجنبية. ونص فيمن تزوج حرة وأمة على أنه يثبت نكاح الحرة ويفارق الأمة وقيل فيه روايتان: **إحداهما**: يفسد فيهما وهو أحد قولي الشافعي واختيار أبي بكر. لأنها لفظة واحدة

جمعت حلالاً وحراماً فلم تصح كما لو جمع بين أختين. والثانية: يصح في الحرة وهي أظهر الروايتين وهذا قول مالك والثوري وأصحاب الرأي لأنها محل قابل للنكاح أضيف إليها عقد صادر عن أهله لم يجتمع معها فيه مثلها فصح كما لو انفردت به، وفارق العقد على الأختين لأنه لا مزية لإحداهما على الأخرى وها هنا قد تعينت التي بطل النكاح فيها فعلى هذا القول يكون لها من المسمى بقسط مهر مثلها منه. وفيه وجه آخر: أن لها نصف المسمى وأصل هذين الوجهين إذا تزوج امرأتين يجوز له نكاحهما بمهر واحد هل يكون بينهما على قدر صداقهما أو نصفين؟ على وجهين يأتي ذكرهما إن شاء الله.

فصل: ولو تزوج يهودية ومجوسية ومحللة أو محرمة في عقد واحد فسد في المجوسية والمحرمة وفي الأخرى وجهان. وإن نكح أربع حرائر وأمة فسد في الأمة وفي الحرائر وجهان، وإن نكح العبد حرتين وأمة بطل نكاح الجميع، وإن تزوج امرأة وابنتها فسد فيهما لأن الجمع بينهما محرم فلم يصح فيهما كالأختين.

مسألة: قال: (وإذا اشترى أختين فأصاب إحداهما لم يصب الأخرى حتى تحرم الأولى ببيع أو نكاح أو هبة وما أشبهه ويعلم أنها ليست بحامل، فإن عادت إلى ملكه لم يصب واحدة منهما حتى تحرم عليه الأولى).

الكلام في هذه المسألة في فصول ستة: .

الفصل الأول: أنه يجوز الجمع بين الأختين في الملك بغير خلاف بين أهل العلم وكذلك بينها وبين عمتها وخالتها، ولو اشترى جارية فوطئها حل له شراء أختها وعمتها وخالتها. لأن الملك يقصد به التمول دون الاستمتاع، وكذلك حل له شراء المجوسية والوثنية والمعتدة والمزوجة والمحرمات عليه بالرضاع والمصاهرة.

الفصل الثاني: أنه لا يجوز الجمع بين الأختين من إمائه في الوطء نص عليه أحمد في رواية الجماعة وكرهه عمر وعثمان وعلي وعمار وابن عمر وابن مسعود. وممن قال بتحريمه عبيد الله بن عبد الله بن عتبه وجابر بن زيد وطاوس ومالك والأوزاعي وأبو حنيفة والشافعي، وروي عن ابن عباس أنه قال: «أحلتهما آية وحرمتهما آية ولم أكن لأفعله» ويروى ذلك عن علي أيضاً يريد بالمحرمة قوله: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ [النساء: ٢٣] وبالمحللة قوله تعالى: ﴿إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾ [المؤمنون: ٦].

وقد روى ابن منصور عن أحمد وسأله عن الجمع بين الأختين المملوكتين أحرام هو؟ قال لا أقول حرام ولكن ننهى عنه. وظاهر هذا أنه مكروه غير محرم، وقال داود وأهل الظاهر لا يحرم استدلالاً بالآية المحللة لأن حكم الحرائر في الوطء مخالف لحكم الإماء، ولهذا تحرم الزيادة على أربع في الحرائر وتباح في الإماء بغير حصر والمذهب تحريمه للآية

المحرمة فإنه يريد بها الوطء والعقد جميعاً بدليل أن سائر المذكورات في الآية يحرم وطؤهن والعقد عليهن، وآية الحل مخصوصة بالمحرمات جميعهن وهذه منهن ولأنها امرأة صارت فراشاً فحرمت أختها كالزوجة.

الفصل الثالث: أنه إذا كان في ملكه أختان فله وطء إحداهما في قول أكثر أهل العلم، وقال الحكم وحماد: لا يقرب واحدة منهما، وروي ذلك عن النخعي وذكره أبو الخطاب مذهباً لأحمد.

ولنا: إنه ليس يجمع بينهما في الفراش فلم يحرم كما لو كان في ملكه إحداهما فقط.

الفصل الرابع: أنه إذا وطيء إحداهما فليس له وطء الأخرى قبل تحريم الموطوءة على نفسه بإخراج عن ملكه أو تزويج هذا قول علي وابن عمر والحسن والأوزاعي وإسحاق والشافعي، فإن رهنها لم تحل له أختها لأن منعه من وطئها لحق المرتهن لا لتحريمها ولهذا يحل له بإذن المرتهن في وطئها ولأنه يقدر على فكها متى شاء واسترجاعها إليه، وقال قتادة: إن استبرأها حلت له أختها لأنه قد زال فراشه ولهذا لو أتت بولد فنفاه بدعوى الاستبراء انتفى فأشبه ما لو زوجها.

ولنا: قول علي وابن عمر ولأنه لم يزل ملكه عنها ولا حلها له فأشبه ما لو وطئت بشبهة فاستبرأها من ذلك الوطء ولأن ذلك لا يمنعه وطأها فلا يأمن عوده إليها فيكون ذلك ذريعة إلى الجمع بينهما، وإن حرم إحداهما على نفسه لم تبح الأخرى، لأن هذا لا يحرمها إنما هو يمين يكفر ولو كان يحرمها إلا أنه لعارض متى شاء أزاله بالكفارة فهو كالحيض والنفاس والإحرام والصيام، وإن كاتب إحداهما فظاهر كلام الخرقي أنه لا تحل له الأخرى، وقال أصحاب الشافعي تحل له الأخرى لأنها حرمت عليه بسبب لا يقدر على رفعه فأشبه التزويج.

ولنا: إنه بسبيل من استباحتها بما لا يقف على غيرهما فلم تبح له أختها كالمرهونة.

الفصل الخامس: أنه إذا أخرجها من ملكه لم تحل له أختها حتى يستبرىء المخرجة، ويعلم براءتها من الحمل، ومتى كانت حاملاً منه لم تحل له أختها حتى تضع حملها، لأنه يكون جامعاً ماءه في رحم أختين بمنزلة نكاح الأخت في عدة أختها.

فصل: فإن وطيء أمتيه الأختين معاً فوطء الثانية محرم ولا حد فيه ولأن وطأه في ملكه ولأنها تختلف في حكمها وله سبيل إلى استباحتها بخلاف أخته من الرضاع المملوكة له، ولا يحل له وطء إحداهما حتى يحرم الأخرى ويستبرئها وقال القاضي وأصحاب الشافعي الأولى باقية على الحل لأن الوطء الحرام لا يحرم الحلال إلا أن القاضي قال: لا يطؤها حتى يستبرىء الثانية.

ولنا: إن الثانية قد صارت فراشاً له يلحقه نسب ولدها فحرمت عليه أختها كما لو وطئها ابتداء، وقولهم إن الحرام لا يحرم الحلال ليس بخبر صحيح وهو متروك بما لو وطىء الأولى في حيض أو نفاس أو إحرام حرمت عليه أختها وتحرم عليه أمها وابنتها على التأبيد وكذلك لو وطىء امرأة بشبهة في هذا الحال ولو وطىء امرأة حرمت عليه ابنتها سواء وطئها حراماً أو حلالاً.

الفصل السادس: أنه متى زال ملكه عن الموطوءة زوالاً أحل له أختها فوطئها ثم عادت الأولى إلى ملكه فليس له وطء إحداهما حتى تحرم الأخرى بإخراج عن ملكه أو تزويج نص عليه أحمد، وقال أصحاب الشافعي لا يحرم عليه واحدة منهما لأن الأولى لم تبق فراشاً فأشبه ما لو وطىء أمة ثم اشترى أختها.

ولنا: إن هذه صارت فراشاً وقد رجعت إليه التي كانت فراشاً فحرمت عليه كل واحدة منهما يكون أختها فراشاً كما لو انفردت به فأما إن استفرش أمة واشترى أختها، فإن المشتراة لم تكن فراشاً له بل هي محرمة عليه بافتراش أختها ولو أخرج الموطوءة عن ملكه ثم عادت إليه قبل وطء أختها فهي حلال له وأختها محرمة عليه لأن أختها فراشه.

فصل: وحكم المباشرة من الإماء فيما دون الفرج، والنظر إلى الفرج بشهوة فيما يرجع إلى تحريم الأخت كحكمه في تحريم الربيبة، والصحيح أنه لا يحرم، لأن الحل ثابت بقوله ﴿**أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ**﴾ [النساء: ٣] ومخالفة ذلك إنما ثبتت بقوله: ﴿**وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الأُخْتَيْنِ**﴾ [النساء: ٢٣] والمراد به الجمع في العقد أو الوطء ولم يوجد واحد منهما ولا ما في معناهما.

فصل: وإن وطىء أمته ثم أراد نكاح أختها، فقد سئل أحمد عن هذا فقال: لا يجمع بين الأختين الأمتين. فيحتمل أنه أراد أن النكاح لا يصح وهي إحدى الروايات عن مالك. قال القاضي: هو ظاهر كلام أحمد لأن النكاح تصير به المرأة فراشاً، فلم يجز أن ترد على فراش الأخت كالوطء، ولأنه فعل في الأخت ما ينافي إباحة أختها المفترشة، فلم يجز كالوطء، ويحتمل أن يصح النكاح، ولا تباح المنكوحة حتى تحرم أختها وهو مذهب أبي حنيفة، قال أبو الخطاب وهو ظاهر كلام أحمد لأنه سبب يستباح به الوطء فجاز أن يرد على وطء الأخت، ولا يبيح كالشراء، وقال الشافعي يصح النكاح وتحل له المنكوحة وتحرم أختها لأن النكاح أقوى من الوطء بملك اليمين فإذا اجتمعا وجب تقديم الأقوى، ووجه الأول ما ذكرنا ولأن وطء مملوكته معنى يحرم أختها لعلة الجمع فمنع صحة نكاحها كالزوجية ويفارق الشراء فإنه لا يقصد به الوطء ولهذا صح شراء الأختين ومن لا يحل له وقولهم النكاح أقوى من الوطء ممنوع وإن سلم فالوطء أسبق فيقدم ويمنع صحة ما يطرأ

عليه مما ينافيه كالعدة تمنع ابتداء نكاح الأخت وكذلك وطء الأمة يحرم نكاح ابنتها وأمها ولأن هذا بمنزلة نكاح الأخت في عدة أختها لكونه لم يستبرىء الموطوءة.

فصل: فإن زوج الأمة الموطوءة أو أخرجها عن ملكه فله نكاح أختها فإن عادت الأمة إلى ملكه فالزوجية بحالها وحلها باق لأن النكاح صحيح وهو أقوى ولا تحل له الأمة وعنه أنه ينبغي أن تحرم إحداهما لأن أمته التي كانت فراشاً قد عادت إليه والمنكوحة مستفرشة، فأشبه أمتيه التي وطىء إحداهما بعد تزويج الأخرى ثم طلق الزوج أختها وإن تزوج امرأة ثم اشترى أختها صح الشراء ولم تحل له لأن النكاح كالوطء فأشبه ما لو وطىء أمته ثم اشترى أختها فإن وطىء أمته حرمت عليه حتى يستبرىء الأمة ثم تحل له زوجته دون أمته لأن النكاح أقوى وأسبق وإنما وجب الاستبراء لئلا يكون جامعاً لمائه في رحم أختين، ويحتمل أن يحرما عليه جميعاً حتى تحرم إحداهما كالأمتين.

مسألة: قال رحمه الله (وعمة الأمة وخالتها في ذلك كأختها).

يعني في تحريم الجمع بينهما في الوطء والتفصيل فيهما كالتفصيل في الأختين على ما ذكرنا.

مسألة: قال: (ولا بأس أن يجمع بين من كانت زوجة رجل وابنته من غيرها).

أكثر أهل العلم يرون الجمع بين المرأة وربيبتها جائزاً لا بأس به، فعله عبدالله بن جعفر وصفوان بن أمية. وبه قال سائر الفقهاء إلا الحسن وعكرمة وابن أبي ليلى رويت عنهم كراهيته لأن إحداهما لو كانت ذكراً حرمت عليه الأخرى، فأشبه المرأة وعمتها.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] ولأنهما لا قرابة بينهما فأشبهتا الأجنبيتين، ولأن الجمع حرم خوفاً من قطيعة الرحم القريبة بين المتناسبين ولا قرابة بين هاتين وبهذا يفارق ما ذكروه.

فصل: ولو كان لرجل ابن من غير زوجته ولها بنت من غيره أو كان له بنت ولها ابن جاز تزويج أحدهما من الآخر في قول عامة الفقهاء. وحكي عن طاوس كراهيته إذا كان مما ولدته المرأة بعد وطء الزوج لها. والأول أولى لعموم الآية والمعنى الذي ذكرناه فإنه ليس بينهما نسب ولا سبب يقتضي التحريم. وكونه أخاً لأختها لم يرد الشرع بأنه سبب للتحريم فبقي على الإباحة لعموم الآية ومتى ولدت المرأة من ذلك الرجل ولداً صار عماً لولد ولديهما وخالاً.

فصل: وإن تزوج امرأة لم تحرم أمها ولا ابنتها على أبيه ولا ابنه، متى تزوج امرأة وزوج ابنه أمها جاز لعدم أسباب التحريم. فإذا ولد لكل واحد منهما ولد كان ولد الابن

خال ولد الأب وولد الأب عم ولد الابن، ويروى أن رجلاً أتى عبد الملك بن مروان فقال: يا أمير المؤمنين إني تزوجت امرأة وزوجت ابني بأمها فأخبرنا، فقال عبد الملك: إن أخبرتني بقرابة ولدك من ولد ابنك أخبرتك، فقال الرجل: يا أمير المؤمنين هذا العريان بن الهيثم الذي وليته قائم سيفك إن علم ذلك فلا تخبرني، فقال العريان: أحدهما عم والآخر خاله.

فصل: وإذا تزوج رجل بامرأة وزوج ابنه بنتها أو أمها فزفت امرأة كل واحد منهما إلى صاحبه فوطئها فإن وطء الأول يوجب عليه مهر مثلها لأنه وطء شبهة ويفسخ به نكاحها من زوجها لأنها صارت بالوطء حليلة ابنه أو أبيه ويسقط به مهر الموطوءة عن زوجها لأن الفسخ جاء من قبلها بتمكينها من وطئها ومطاوعتها عليه ولا شيء لزوجها على الواطىء لأنه لم يلزمه شيء يرجع به ولأن المرأة مشاركة في إفساد نكاحها بالمطاوعة فلم يجب على زوجها شيء كما لو انفردت به، ويحتمل أن يلزمه لزوجها نصف مهر مثلها لأنه أفسد نكاحها قبل الدخول أشبه المرأة تفسد نكاحه بالرضاع، وينفسخ نكاح الواطىء أيضاً لأن امرأته صارت أماً لموطوءته أو بنتاً لها، ولها نصف المسمى، فأما وطء الثاني فيوجب مهر المثل للموطوءة خاصة فإن أشكل الأول انفسخ النكاحان ولكل واحدة مهر مثلها على واطئها ولا يثبت رجوع أحدهما على الآخر ويجب لامرأة كل واحد منهما على الآخر نصف المسمى ولا يسقط بالشك.

مسألة: قال: (وحرائر نساء أهل الكتاب وذبائحهم حلائل للمسلمين).

ليس بين أهل العلم بحمد الله اختلاف في حل حرائر نساء أهل الكتاب وممن روي عنه ذلك عمر وعثمان وطلحة وحذيفة وسلمان وجابر وغيرهم. قال ابن المنذر: ولا يصح عن أحد من الأوائل أنه حرم ذلك، وروى الخلال بإسناده أن حذيفة وطلحة والجارود بن المعلى وأذينة العبدي تزوجوا نساء من أهل الكتاب وبه قال سائر أهل العلم. وحرمته الإمامية تمسكاً بقوله تعالى: ﴿وَلاَ تَنْكَحُوا ٱلْـمُشْرِكَات حَتَّى يُؤْمِنَّ وَلا تُـمْسِكُوا بِعِصَم ٱلْكَوَافِرِ﴾ [البقرة: ٢٢١].

ولنا: قول الله تعالى: ﴿ٱلْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَاتُ﴾ [المائدة: ٥] إلى قوله: ﴿وَٱلْـمُحصَنَاتِ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا ٱلْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [المائدة: ٥] وإجماع الصحابة فأما قوله سبحانه: ﴿وَلاَ تَنْكِحُوا ٱلْـمُشْرِكَاتِ﴾ [البقرة: ٢٢١] فروي عن ابن عباس أنها نسخت بالآية التي في سورة المائدة، وكذلك ينبغي أن يكون ذلك في الآية الأخرى لأنهما متقدمتان والآية التي في آخر المائدة متأخرة عنهما وقال آخرون ليس هذا نسخاً فإن لفظ المشركين بإطلاقه لا يتناول أهل الكتاب بدليل قوله سبحانه: ﴿لَمْ يَكُنِ ٱلَّذِينَ

كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَابِ وَٱلْـمُشْرِكِينَ مُنفَكِّينَ﴾ [البينة: ١] وقال: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَابِ وَٱلْـمُشْرِكِينَ﴾ [البينة: ١] وقال: ﴿لتَجِدَنَّ أَشَدَّ ٱلنَّاس عَدَاوَةً لِلَّذِينَ آمَنُوا ٱلْيَهُودَ وَٱلَّذِينَ أَشْرَكُواْ﴾ [المائدة: ٨٢] وقال: ﴿مَا يَوَدُّ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَابِ وَلَا ٱلْـمُشْرِكِينَ﴾ [البقرة: ١٠٥] وسائر آي القرآن يفصل بينهما. فدل على أن لفظة «المشركين» بإطلاقها غير متناولة لأهل الكتاب. وهذا معنى قول سعيد بن جبير وقتادة ولأن ما احتجوا به عام في كل كافرة وآتينا خاصة في حل أهل الكتاب والخاص يجب تقديمة.

إذا ثبت هذا: فالأولى أن لا يتزوج كتابية لأن عمر قال للذين تزوجوا من نساء أهل الكتاب «طلقوهن فطلقوهن إلا حذيفة فقال له عمر: طلقها. قال: تشهد أنها حرام؟ قال هي حرة طلقها. قال تشهد أنها حرام؟ قال هي حرة قال: قد علمت أنها حرة ولكنها لي حلال. فلما كان بعد طلقها، فقيل له ألا طلقتها حين أمرك عمر؟ قال كرهت أن يرى الناس أني ركبت أمراً لا ينبغي لي» ولأنه ربما مال إليها قلبه ففتنته وربما كان بينهما ولد فيميل إليها.

فصل: وأهل الكتاب الذين هذا حكمهم هم أهل التوراة والإنجيل. قال الله تعالى: ﴿أَنْ تَقُولُوا إِنَّمَا أُنْزِلَ ٱلْكِتَابُ عَلَىٰ طَائِفَتَيْنِ مِنْ قَبْلِنَا﴾ [الأنعام: ١٥٦] فأهل التوراة اليهود والسامرة وأهل الإنجيل النصارى ومن وافقهم في أصل دينهم من الإفرنج والأرمن وغيرهم. وأما الصابئون فاختلف فيهم السلف كثيراً فروي عن أحمد أنهم جنس من النصارى. ونص عليه الشافعي وعلق القول فيهم في موضع آخر. وعن أحمد أنه قال: بلغني أنهم يسبتون فهؤلاء إذاً يشبهون اليهود. والصحيح فيهم أنهم كانوا يوافقون النصارى أو اليهود في أصل دينهم ويخالفونهم في فروعه فهم ممن وافقوه وإن خالفوهم في أصل الدين فليس هم منه والله أعلم، وأما من سوى هؤلاء من الكفار مثل المتمسك بصحف إبراهيم وشيث وزبور داود فليسوا بأهل كتاب ولا تحل مناكحتهم ولا ذبائحهم وهذا قول الشافعي وذكر القاضي فيهم وجهاً آخر أنهم من أهل الكتاب ويحل ذبائحهم ونكاح نسائهم ويقرون بالجزية لأنهم تمسكوا بكتاب من كتب الله. فأشبهوا اليهود والنصارى.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿أَنْ تَقُولُوا إِنَّمَا أُنْزِلَ ٱلْكِتَابُ عَلَىٰ طَائِفَتَيْنِ مِنْ قَبْلِنَا﴾ [الأنعام: ١٥٦]. ولأن تلك الكتب كانت مواعظ وأمثالاً لا أحكام فيها فلم يثبت لها حكم الكتب المشتملة على الأحكام.

فصل: وليس للمجوس كتاب ولا تحل ذبائحهم ولا نكاح نسائهم، نص عليه أحمد وهو قول عامة الفقهاء إلا أبا ثور فإنه أباح ذلك لقول النبي ﷺ: «سنوا بهم سنة أهل

الكتاب»، ولأنه يروى أن حذيفة «تزوج مجوسية» ولأنهم يقرون بالجزية. فأشبهوا اليهود والنصارى.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ﴾ [البقرة: ٢٢١] وقوله: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾ [الممتحنة: ١٠] فرخص من ذلك في أهل الكتاب فمن عداهم يبقى على العموم ولم يثبت أن للمجوس كتاباً وسئل أحمد أيصح عن علي أن للمجوس كتاباً؟ فقال: هذا باطل واستعظمه جداً ولو ثبت أن لهم كتاباً فقد بينا أن حكم أهل الكتاب لا يثبت لغير أهل الكتابين وقوله عليه السلام «سنوا بهم سنة أهل الكتاب» دليل على أنه لا كتاب لهم وإنما أراد به النبي ﷺ في حقن دمائهم وإقرارهم بالجزية لا غير. وذلك أنهم لما كانت لهم شبهة كتاب غلب ذلك في تحريم دمائهم فيجب أن يغلب حكم التحريم لنسائهم وذبائحهم فإننا إذا غلبنا الشبهة في التحريم فتغليب الدليل الذي عارضته الشبهة في التحريم أولى ولم يثبت أن حذيفة تزوج مجوسية وضعف أحمد رواية من روى عن حذيفة أنه تزوج مجوسية. وقال أبو وائل يقول «تزوج يهودية» وهو أوثق ممن روي عنه أنه تزوج مجوسية، وقال ابن سيرين كانت امرأة حذيفة نصرانية ومع تعارض الروايات لا يثبت حكم إحداهن إلا بترجيح على أنه لو ثبت ذلك عن حذيفة فلا يجوز الاحتجاج به مع مخالفة الكتاب وقول سائر العلماء وأما إقرارهم بالجزية فلأننا غلبنا حكم التحريم لدمائهم فيجب أن يغلب حكم التحريم في ذبائحهم ونسائهم.

فصل: وسائر الكفار غير أهل الكتاب كمن عبد ما استحسن من الأصنام والأحجار والشجر والحيوان فلا خلاف بين أهل العلم في تحريم نسائهم وذبائحهم، وذلك لما ذكرنا من الآيتين وعدم المعارض لهما، والمرتدة يحرم نكاحها على أي دين كانت لأنه لم يثبت لها حكم أهل الدين الذي انتقلت إليه في إقرارها عليه ففي حلها أولى.

مسألة: قال: (وإذا كان أحد أبوي الكافرة كتابياً والآخر وثنياً لم ينكحها مسلم).

وجملته: أنه إذا كان أحد أبوي الكتابية غير كتابي لم يحل نكاحها سواء كان وثنياً أو مجوسياً أو مرتداً، وبهذا قال الشافعي فيما إذا كان الأب غير كتابي لأن الولد ينسب إلى أبيه ويشرف بشرفه وينسب إلى قبيلته، وإن كانت الأم غير كتابية فله فيه قولان.

ولنا: إنها غير متمحضة من أهل الكتاب فلم يجز للمسلم نكاحها كما لو كان أبوها وثنياً ولأنها مولودة بين من يحل وبين من لا يحل فلم يحل كالسمع والبغل ويحتمل أن تحل بكل حال لدخولها في عموم الآية المبيحة ولأنها كتابية تقر على دينها فأشبهت من أبواها كتابيان والحكم فيمن أبواها غير كتابيين كالحكم فيمن أحد أبويها كذلك لأنها إذا حرمت لكون أحد أبويها وثنياً فلأن تحرم إذا كانا وثنيين أولى. والاحتمال الذي ذكرناه ثم يتحقق ها هنا اعتباراً بحال نفسها دون أبيها.

مسألة: قال: (وإذا تزوج كتابية فانتقلت إلى دين آخر من الكفر غير دين أهل الكتاب أجبرت على الإسلام فإن لم تسلم حتى انقضت عدتها انفسخ نكاحها).

الكلام في هذه المسألة في فصول أربعة: **الفصل الأول**: أن الكتابي إذا انتقل إلى غير دين أهله الكتاب لم يقر عليه لا نعلم في هذا خلافاً فإنه إذا انتقل إلى دين لا يقر أهله بالجزية كعبادة الأوثان وغيرها مما يستحسنه فالأصلي منهم لا يقر على دينه فالمنتقل إليه أولى، وإن انتقل إلى المجوسية لم يقر أيضاً لأنه انتقل إلى أنقص من دينه فلم يقر عليه كالمسلم إذا ارتد فأما إن انتقل إلى دين آخر من دين أهل الكتاب كاليهودي يتنصر أو النصراني يتهود ففيه روايتان. **إحداهما**: لا يقر أيضاً. لأنه انتقل إلى دين باطل قد أقر ببطلانه فلم يقر عليه كالمرتد. **والثانية**: يقر عليه نص عليه أحمد. وهو ظاهر كلام الخرقي واختيار الخلال وصاحبه وقول أبي حنيفة لأنه لم يخرج عن دين أهل الكتاب. فأشبه المنتقل، وللشافعي قولان كالروايتين فأما المجوسي إذا انتقل إلى دين لا يقر أهله عليه لم يقر كأهل ذلك الدين. وإن انتقل إلى دين أهل الكتاب خرج فيه الروايتان وسواء فيما ذكرنا الرجل والمرأة لعموم قوله عليه السلام: «من بدل دينه فاقتلوه» ولعموم المعنى الذي ذكرناه فيهما جميعاً.

الفصل الثاني: أن المنتقل إلى غير دين أهل الكتاب لا يقبل منه إلا الإسلام نص عليه أحمد، واختاره الخلال وصاحبه. وهو أحد أقوال الشافعي لأن غير الإسلام أديان باطلة قد أقر ببطلانها فلم يقر عليها كالمرتد، وعن أحمد أنه لا يقبل إلا الإسلام أو الدين الذي كان عليه لأن دينه الأول قد أقررناه عليه مرة ولم ينتقل إلى خير منه فنقره عليه إن رجع إليه ولأنه منتقل من دين يقر أهله عليه إلى دين لا يقر أهله عليه فيقبل منه الرجوع إليه كالمرتد إذا رجع إلى الإسلام، وعن أحمد رواية ثالثة أنه يقبل منه أحد ثلاثة أشياء: الإسلام أو الرجوع إلى دينه الأول، أو دين يقر أهله عليه لعموم قوله تعالى: ﴿حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾[التوبة: ٢٩] وإن انتقل إلى دين أهل الكتاب وقلنا لا يقر. ففيه الروايتان: إحداهما: لا يقبل منه إلا الإسلام. والأخرى: «لا يقبل منه إلا الإسلام أو الدين الذي كان عليه».

الفصل الثالث: في صفة إجباره على ترك ما انتقل إليه. وفيه روايتان: **إحداهما**: أنه يقتل إن لم يرجع رجلاً كان أو امرأة لعموم قوله عليه السلام: «من بدل دينه فاقتلوه» ولأنه ذمي نقض العهد فأشبه ما لو نقضه بترك التزام الذمة وهل يستتاب؟ يحتمل وجهين:

أحدهما: يستتاب لأنه يسترجع عن دين باطل انتقل إليه فيستتاب كالمرتد. **والثاني**: لا يستتاب لأنه كافر أصلي أبيح قتله فأشبه الحربي، فعلى هذا إن بادر وأسلم أو رجع إلى ما يقر عليه عصم دمه وإلا قتل والرواية الثانية، عن أحمد قال: إذا دخل اليهودي في النصرانية

رددته إلى اليهودية ولم أدعه فيما انتقل إليه فقيل له أتقتله؟ قال لا ولكن يضرب ويحبس قال وإن كان نصرانياً أو يهودياً فدخل في المجوسية كان أغلظ لأنه لا تؤكل ذبيحته ولا تنكح له امرأة ولا يترك حتى يرد إليها فقيل له تقتله إذا لم يرجع؟ قال إنه لأهل ذلك وهذا نص في أن الكتابي المنتقل إلى دين آخر من دين أهل الكتاب لا يقتل بل يكره بالضرب والحبس.

الفصل الرابع: أن امرأة المسلم الذمية إذا انتقلت إلى دين غير دين أهل الكتاب فهي كالمرتدة لأن غير دين أهل الكتاب لا يحل نكاح نسائهم فمتى كان قبل الدخول انفسخ نكاحها في الحال ولا مهر لها لأن الفسخ من قبلها، وإن كان بعده وقف على انقضاء العدة في إحدى الروايتين والأخرى ينفسخ في الحال أيضاً.

مسألة: قال: (وأمته الكتابية حلال له دون أمته المجوسية).

الكلام في هذه المسألة في فصلين. **الفصل الأول**: أن أمته الكتابية حلال له وهذا قول عامة أهل العلم إلا الحسن فإنه كرهه لأن الأمة الكتابية يحرم نكاحها فحرم التسري بها كالمجوسية.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾ [المؤمنون: ٦] ولأنها ممن يحل نكاح حرائرهم فحل له التسري بها كالمسلمة، فأما نكاحها فيحرم لأن فيه إرقاق ولده وإبقاءه مع كافرة بخلاف التسري.

الفصل الثاني: أن من حرم نكاح حرائرهم من المجوسيات وسائر الكوافر سوى أهل الكتاب لا يباح وطء الإماء منهن بملك اليمين في قول أكثر أهل العلم منهم مرة الهمذاني والزهري وسعيد بن جبير والأوزاعي والثوري وأبو حنيفة ومالك والشافعي. قال ابن عبد البر: على هذا جماعة فقهاء الأمصار وجمهور العلماء وما خالفه فشذوذ لا يعد خلافاً ولم يبلغنا إباحة ذلك إلا عن طاوس، ووجه قوله عموم قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] والآية الأخرى. روى أبو سعيد «أن رسول الله ﷺ بعث يوم حنين بعثاً قبل أوطاس فأصابوا منهم سبايا وكأن ناساً من أصحاب رسول الله ﷺ تحرجوا من غشيانهن من أجل أزواجهن من المشركين فأنزل الله عز وجل في ذلك: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ قال فهن لهم حلال إذا انقضت عدتهن» وعنه أن رسول الله ﷺ قال في سبايا أوطاس: «لا توطأ حامل حتى تضع ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة» رواهما أبو داود وهو حديث صحيح. وهم عبدة أوثان. وهذا ظاهر في إباحتهن ولأن الصحابة في عصر النبي ﷺ كان أكثر سباياهم من كفار العرب وهم عبدة أوثان فلم يكونوا يرون تحريمهن لذلك ولا نقل عن النبي ﷺ تحريمهن ولا أمر الصحابة باجتنابهن. وقد دفع أبو بكر إلى سلمة بن الأكوع امرأة من بعض السبي نفلها

إياه، وأخذ عمر وابنه من سبي هوازن وغيرهما من الصحابة والحنفية أم محمد بن الحنيفية من سبي بني حنيفة وقد أخذ الصحابة سبايا فارس وهم مجوس فلم يبلغنا أنهم اجتنبوهن وهذا ظاهر في إباحتهن لولا اتفاق أهل العلم على خلافه. وقد أجبت عن حديث أبي سعيد بأجوبة. منها أنه يحتمل أنهن أسلمن كذلك. وروي عن أحمد أنه سأله محمد بن الحكم قال قلت لأبي عبد الله: هوازن أليس كانوا عبدة أوثان؟ قال لا أدري كانوا أسلموا أو لا؟ وقال ابن عبد البر: إباحة وطئهن منسوخة بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا ٱلْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢١].

مسألة: قال: (وليس للمسلم وإن كان عبداً أن يتزوج أمة كتابية).

لأن الله تعالى قال: ﴿مِّن فَتَيَاتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَاتِ﴾ [النساء: ٢٥] هذا ظاهر مذهب أحمد رواه عنه جماعة وهو قول الحسن والزهري ومكحول ومالك والشافعي والثوري والأوزاعي والليث وإسحاق، وروي ذلك عن عمر وابن مسعود ومجاهد، وقال أبو ميسرة وأبو حنيفة يجوز للمسلم نكاحها لأنها تحل بملك اليمين فحلت بالنكاح كالمسلمة.

ونقل ذلك عن أحمد قال: لا بأس بتزويجها إلا أن الخلال رد هذه الرواية وقال: إنما توقف أحمد فيها ولم ينفذ له قول ومذهبه أنها لا تحل لقول الله تعالى: ﴿فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَاتِ﴾ [النساء: ٢٥] فشرط في إباحة نكاحهن الإيمان ولم يوجد، وتفارق المسلمة لأنه لا يؤدي إلى استرقاق الكافر ولدها، لأن الكافر لا يقر ملكه على مسلمة. والكافرة تكون ملكاً لكافر، ويقر ملكه عليها وولدها مملوك لسيدها ولأنه عقد اعتوره نقصان، نقص الكفر والملك، فإذا اجتمعا منعا كالمجوسية لما اجتمع فيها نقص الكفر، وعدم الكتاب لم يبح نكاحها، ولا فرق بين الحر والعبد في تحريم نكاحها لعموم ما ذكرنا من الدليل، ولأن ما حرم على الحر تزويجه لأجل دينه، حرم على العبد كالمجوسية.

مسألة: قال: (ولا لحر مسلم أن يتزوج أمة مسلمة إلا أن لا يجد طولاً بحرة مسلمة ويخاف العنت).

الكلام في هذه المسألة في شيئين: أحدهما: أنه يحل له نكاح الأمة المسلمة إذا وجد فيه الشرطان عدم الطول وخوف العنت، وهذا قول عامة العلماء لا نعلم بينهم اختلافاً فيه، والأصل فيه قول الله سبحانه: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا﴾ [النساء: ٢٥] والصبر عنها مع ذلك خير وأفضل لقول الله تعالى: ﴿وَأَن تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَّكُمْ﴾ [النساء: ٢٥]. والثاني: إذا عدم الشرطان أو أحدهما لم يحل نكاحها لحر. روي ذلك عن جابر وابن عباس وبه قال عطاء وطاوس والزهري وعمرو بن دينار، ومكحول ومالك والشافعي وإسحاق وقال مجاهد: مما وسع الله على هذه الأمة نكاح الأمة، وإن كان موسراً، وبه قال أبو حنيفة: إلا أن يكون تحته

حرة، لأن القدرة على النكاح لا تمنع النكاح كما يمنعه وجود النكاح كنكاح الأخت والخامسة. وقال قتادة والثوري: إذا خاف العنت حل له نكاح الأمة، وإن وجد الطول، لأن إباحتها لضرورة خوف العنت، وقد وجدت فلا يندفع إلا بنكاح الأمة فأشبه عادم الطول.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ - إلى قوله - ﴿ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٥] فشرط في نكاحها عدم استطاعة الطول، فلم يجز مع الاستطاعة كالصوم في كفارة الظهار مع عدم استطاعة الإعتاق، ولأن في تزويج الأمة إرقاق ولده مع الغنى عنه، فلم يجز، كما لو كان تحته حرة، وقياسهم ليس بصحيح، فإن نكاح الخامسة والأخت، إنما حرم لأجل الجمع وبالقدرة على الجمع لا يصير جامعاً، والعلة ها هنا، هو الغنى عن إرقاق ولده، وذلك يحصل بالقدرة على نكاح الحرة، وأما من يجد الطول ويخاف العنت، فإن كان ذلك لكونه لا يجد إلا حرة صغيرة أو غائبة أو مريضة لا يمكن وطؤها، أو وجد مالاً ولم يتزوج لقصور نسبه، فله نكاح الأمة لأنه عاجز عن حرة تعفه، وإن كانت الحرة في حبالة غيره، فله نكاح أمة نص عليه أحمد في الغائبة وهو ظاهر مذهب الشافعي. وقال بعضهم: لا يجوز لوجدان الطول.

ولنا: إنه غير مستطيع الطول إلى حرة تعفه فأشبه من لا يجد شيئاً، ألا ترى أن الله سبحانه جعل ابن السبيل الذي له اليسار في بلده فقيراً لعدم قدرته عليه في الحال؟ فإن كانت له حرة يتمكن من وطئها والعفة بها، فليس بخائف العنت.

فصل: وإن قدر على تزويج كتابية تعفه لم يحل له نكاح الأمة وهذا ظاهر مذهب الشافعي، وذكر وجهاً آخر أنه يجوز لقول الله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ وهذا غير مستطيع لذلك.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٥] وهذا غير خائف له، ولأنه قدر على صيانة ولده عن الرق، فلم يجز له إرقاقه، كما لو قدر على نكاح مؤمنة.

فصل: ومن كانت تحته حرة يمكنه أن يستعف بها، لم يجز له نكاح أمة لا نعلم في هذا خلافاً، ولا فرق بين الكتابية والمسلمة في ذلك لما ذكرنا من قبل.

فصل: فإن لم يجد طولاً، لكن وجد من يقرضه ذلك لم يلزمه، لأن عليه ضرراً في بقاء الدين في ذمته ولصاحبته مطالبته به في الحال: وكذلك إن رضيت الحرة بتأخير صداقها أو تفويض بضعها، لأن لها مطالبته بعوضه. وكذلك إن بذل له باذل أن يزنه عنه أو يهبه إياه، لم يلزمه قبوله لما عليه من ضرر المنة وله في ذلك كله نكاح الأمة، وإن لم يجد من يزوجه إلا

بأكثر من مهر المثل وكان قادراً عليه ولا يجحف به، لم يكن له نكاح الأمة، وقال أصحاب الشافعي له ذلك، كما لو لم يجد الماء إلا بزيادة عن ثمن المثل فله التيمم.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً﴾ [النساء: ٢٥] وهذا مستطيع، ولأنه قادر على نكاح حرة بما لا يضره، فلم يجز له إرقاق ولده، كما لو كان بمهر مثلها. ولا نسلم ما ذكروه في التيمم، ثم هذا مفارق للتيمم من وجهين: أحدهما: أن التيمم رخصة عامة. وهذا أبيح للضرورة ومع القدرة على الحرة لا ضرورة. والثاني: أن التيمم يتكرر، فإيجاب شرائه بزيادة على ثمن المثل يفضي إلى الإجحاف به، وهذا لا يتكرر، فلا ضرر فيه.

فصل: وإن كان في يده مال، فذكر أنه معسر، وأن المال لغيره، فالقول قوله لأنه حكم بينه وبين الله تعالى، فقبل قوله فيه، كما لو ادعى مخافة العنت ومتى تزوج الأمة أقر أنه كان موسراً حال النكاح فرق بينهما، لأنه أقر بفساد نكاحه، وهكذا إن أقر أنه لم يكن يخشى العنت، فإن كان قبل الدخول وصدقه السيد، فلا مهر، وإن كذبه فله نصف المسمى لأنه يدعي صحة النكاح والأصل معه، وإن كان بعد الدخول فعليه المسمى جميعه إلا أن يكون مهر المثل أكثر، فعلى قول من أوجب مهر المثل في النكاح الفاسد يلزمه مهر المثل لإقراره به، فإن كان المسمى أكثر وجب وللسيد أن لا يصدقه فيما قال فيكون له من المهر ما يجب في النكاح الفاسد، وهل ذلك المسمى أو مهر المثل؟ على روايتين.

مسألة: قال: (ومتى عقد عليها وفيه الشرطان عدم الطول وخوف العنت ثم أيسر، لم ينفسخ النكاح).

هذا ظاهر المذهب وهو مذهب الشافعي، وفي المذهب وجه آخر: أنه يفسد النكاح وهو قول المزني، لأنه إنما أبيح للحاجة، فإذا زالت الحاجة لم يجز له استدامته كمن أبيح له أكل الميتة للضرورة. فإذا وجد الحلال لم يستدمه.

ولنا: إن فقد الطول أحد شرطي إباحة نكاح الأمة، فلم تعتبر استدامته كخوف العنت، ويفارق أكل الميتة، فإن أكلها بعد القدرة ابتداء للأكل وهذا لا يبتدىء النكاح. إنما يستديمه والاستدامة للنكاح تخالف ابتداءه بدليل أن العدة والردة وأمن العنت يمنعن ابتداءه دون استدامته.

فصل: وإن تزوج على الأمة حرة صح، وفي بطلان نكاح الأمة روايتان، **إحداهما:** لا يبطل، وهو قول سعيد بن المسيب، وعطاء والشافعي وأصحاب الرأي، وروي معنى ذلك عن علي رضي الله عنه. **والرواية الثانية:** ينفسخ نكاح الأمة، وهو قول ابن عباس ومسروق وإسحاق والمزني، ووجه الروايتين ما تقدم في المسألة، وقال النخعي: إن كان له من الأمة

ولد لم يفارقها وإلا فارقها، ولا يصح لأن ما كان مبطلاً للنكاح في غير ذات الولد أبطله في ذات الولد كسائر مبطلاته، ولأن ولده منها مملوك لسيدها ونفقته عليه. وقد استدل على بقاء النكاح بما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: إذا تزوج الحرة على الأمة قسم للحرة ليلتين، وللأمة ليلة، فإنه لو بطل بنكاح الحرة لبطل بالقدرة عليه، فإن القدرة على المبدل كاستعماله بدليل الماء مع التراب.

مسألة: قال: (وله أن ينكح من الإماء أربعاً إذا كان الشرطان فيه قائمين).

اختلفت الرواية عن أحمد في إباحة أكثر من أمة إذا لم تعفه، فعنه أنه قال: إذا خشي العنت تزوج أربعاً إذا لم يصبر كيف يصنع؟ وهذا قول الزهري والحارث والعكلي ومالك وأصحاب الرأي. والرواية الثانية: قال أحمد: لا يعجبني أن يتزوج إلا أمة واحدة، يذهب إلى حديث ابن عباس وهو ما روي عن ابن عباس: «أن الحر لا يتزوج من الإماء إلا واحدة وقرأ: ﴿ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ ٱلْعَنَتَ مِنكُمْ﴾ [النساء: ٢٥] وبه قال قتادة والشافعي وابن المنذر لأن من له زوجة يمكنه وطؤها لا يخشى العنت، ووجه كالأولى قوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا﴾ [النساء: ٢٥]، وهذا داخل في عمومها، ولأنه عادم للطول خائف للعنت، فجاز له نكاح أمة الأولى، وقولهم: «لا يخشى العنت» قلنا: الكلام فيمن يخشاه ولا نبيحه إلا له. وقول ابن عباس يحمل على من لم يخش العنت، فكذلك الرواية الأخرى عن أحمد، وإن تزوج حرة فلم تعفه. فذكر فيها أبو الخطاب روايتين مثل نكاح الأمة في حق من تحته أمة، لم تعفه، لما ذكرنا. وإن كانت الحرة تعفه، فلا خلاف في تحريم نكاح الأمة، وإن نكح أمة تعفه لم يكن له أن ينكح أخرى، فإن نكحها فنكاحها باطل لأنه يبطل في إحداهما وليست إحداهما بأولى من الأخرى، فبطل كما لو جمع بين أختين.

فصل: وللعبد أن ينكح الأمة وإن فقد فيه الشرطان لأنه مساو لها فلم يعتبر فيه هذان الشرطان كالحر مع الحرة، وله نكاح أمتين معاً وواحدة بعد واحدة لأن خشية العنت غير مشروطة فيه، وإن تزوج حرة وقلنا ليست الحرية شرطاً في نكاح الحرة فهل له أن ينكح أمة؟ فيه روايتان. **إحداهما**: له ذلك وهو قول مالك والشافعي لأنها مساوية له فلم يشترط لصحة نكاحها عدم الحر كالحر مع الحرة ولأنه لو اشترط عدم الحرة لاشترط عدم القدرة عليها كما في حق الحرة. **والثانية**: لا يجوز وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي لأنه يروى عن سعيد بن المسيب أنه قال تنكح الحرة على الأمة ولا تنكح الأمة على الحرة، ولأنه مالك لبضع حرة فلم يكن له أن يتزوج أمة كالحر وإن عقد النكاح عليهما جميعاً صح فيهما لأن كل واحدة يجوز إفرادها بالعقد فجاز بالجمع بينهما كالأمتين.

فصل: وإذا زنت المرأة لم يحل لمن يعلم ذلك نكاحها إلا بشرطين. **أحدهما**: انقضاء عدتها فإن حملت من الزنا فقضاء عدتها بوضعه ولا يحل نكاحها قبل وضعه، وبهذا قال

مالك وأبو يوسف وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة، وفي الأخرى قال يحل نكاحها ويصح. وهو مذهب الشافعي لأنه وطء لا يلحق به النسب فلم يحرم النكاح كما لو لم تحمل.

ولنا: قول النبي ﷺ: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقي ماءه زرع غيره» يعني وطء الحوامل، وقول النبي ﷺ: «لا توطأ حامل حتى تضع» صحيح وهو عام، وروي عن سعيد بن المسيب «أن رجلاً تزوج امرأة فلما أصابها وجدها حبلى فرفع ذلك إلى النبي ﷺ ففرق بينهما وجعل لها الصداق وجلدها مائة» رواه سعيد، و «رأى النبي ﷺ امرأة مجحاً[1] على باب فسطاط فقال: «لعله يريد أن يلم بها؟ قالوا نعم. قال: «لقد هممت أن ألعنه لعناً يدخل معه قبره، كيف يستخدمه وهو لا يحل له؟ أم كيف يورثه وهو لا يحل له؟» أخرجه مسلم ولأنها حامل من غيره فحرم عليه نكاحها كسائر الحوامل.

وإذا ثبت هذا لزمتها العدة وحرم عليها النكاح فيها لأنها في الأصل لمعرفة براءة الرحم ولأنها قبل العدة يحتمل أن تكون حاملاً فيكون نكاحها باطلاً فلم يصح كالموطوءة بشبهة، وقال أبو حنيفة والشافعي لا عدة عليها لأنه وطء لا تصير به المرأة فراشاً فأشبه وطء الصغير.

ولنا: ما ذكرناه لأنه إذا لم يصح نكاح الحامل فغيرها أولى لأن وطء الحامل لا يفضي إلى اشتباه النسب، ويحتمل أن يكون ولدها من الأول ويحتمل أن يكون من الثاني فيفضي إلى اشتباه الأنساب فكان بالتحريم أولى، ولأنه وطء في القبل فأوجب العدة كوطء الشبهة ولا نسلم وطء الصغير الذي يمكن منه الوطء. والشرط الثاني: أن تتوب من الزنا قاله قتادة وإسحاق وأبو عبيد وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي يشترط ذلك لما روي أن عمر ضرب رجلاً وامرأة في الزنا وحرص أن يجمع بينهما فأبى الرجل. وروي أن رجلاً سأل ابن عباس عن نكاح الزانية فقال: «يجوز، أرأيت لو سرق من كرم ثم ابتاعه أكان يجوز؟».

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَٱلزَّانِيَةُ لَا يَنكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ﴾ ﴿وَحُرِّمَ ذَٰلِكَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: ٣] وهي قبل التوبة في حكم الزنا فإذا تابت زال ذلك لقول النبي ﷺ: «التائب من الذنب كمن لا ذنب له» وقوله «التوبة تمحو الحوبة» وروي «أن مرتداً دخل مكة فرأى امرأة فاجرة يقال لها عناق فدعته إلى نفسها فلم يجبها، فلما قدم المدينة سأل رسول الله ﷺ فقال: «أنكح عناقاً؟ فلم يجبه فأنزل الله تعالى: ﴿ٱلزَّانِي لَا يَنكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَٱلزَّانِيَةُ لَا يَنكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ﴾ [النور: ٣] فدعاه رسول الله ﷺ فتلا

---

(١) بجيم ثم حاء مهملة هي الحامل قريبة الولادة.

عليه الآية وقال: «لا تنكحها» ولأنها إذا كانت مقيمة على الزنا لم يأمن أن تلحق به ولد غيره وتفسد فراشه، فأما حديث عمر فالظاهر أنه استتابها وحديث ابن عباس ليس فيه بيان ولا تعرض له لمحل النزاع، إذا ثبت هذا فإن عدة الزانية كعدة المطلقة لأنه استبراء لحرة فأشبه عدة الموطوءة بشبهة وحكى ابن أبي موسى أنها تستبرأ بحيضة لأنه ليس من نكاح ولا شبهة نكاح فأشبه استبراء أم الولد إذا أعتقت وأما التوبة فهي الاستغفار والندم والإقلاع عن الذنب كالتوبة من سائر الذنوب. وروي عن ابن عمر أنه قيل له: «كيف تعرف توبتها؟ قال يريدها على ذلك فإن طاوعته فلم تتب، وإن أبت فقد تابت» فصار أحمد إلى قول ابن عمر اتباعاً له، والصحيح الأول فإنه لا ينبغي لمسلم أن يدعو امرأة إلى الزنا ويطلبه منها ولأن طلبه ذلك منها إنما يكون في خلوة ولا تحل الخلوة بأجنبية ولو كان في تعليمها القرآن فكيف يحل في مراودتها على الزنا؟ ثم لا يأمن إن أجابته إلى ذلك أن تعود إلى المعصية فلا يحل للتعرض لمثل هذا ولأن التوبة من سائر الذنوب وفي حق سائر الناس وبالنسبة إلى سائر الأحكام على غير هذا الوجه فكذلك يكون هذا.

فصل: وإذا وجد الشرطان حل نكاحها للزاني وغيره في قول أكثر أهل العلم منهم أبو بكر وعمر وابنه وابن عباس وجابر بن زيد وعطاء والحسن وعكرمة والزهري والثوري والشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي، وروي عن ابن مسعود والبراء بن عازب وعائشة أنها لا تحل للزاني بحال قالوا لا يزالان زانيين ما اجتمعا لعموم الآية والخبر ويحتمل أنهم أرادوا بذلك ما كان قبل التوبة أو قبل استبرائها فيكون كقولنا، فأما تحريمها على الإطلاق فلا يصح لقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] ولأنها محللة لغير الزاني فحلت له كغيرها.

فصل: وإن زنت امرأة رجل أو زنى زوجها لم ينفسخ النكاح سواء كان قبل الدخول أو بعده في قول عامة أهل العلم وبذلك قال مجاهد وعطاء والنخعي والثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وعن جابر بن عبد الله أن المرأة إذا زنت يفرق بينهما وليس لها شيء وكذلك روي عن الحسن وعن علي رضي الله عنه أنه فرق بين رجل وامرأته زنى قبل الدخول بها واحتج لهم بأنه لو قذفها ولاعنها بانت منه لتحقيقه الزنا عليها فدل على أن الزنا بينهما.

ولنا: إن دعواه الزنا عليها لا يبينها ولو كان النكاح ينفسخ به لانفسخ بمجرد دعواه كالرضاع ولأنها معصية لا تخرج عن الإسلام فأشبهت السرقة فأما اللعان فإنه يقتضي الفسخ بدون الزنا بدليل أنها إذا لاعنته فقد قابلته فلم يثبت زناها ولذلك أوجب النبي ﷺ الحد على من قذفها والفسخ واقع ولكن أحمد استحب للرجل مفارقة امرأته إذا زنت قال: لا أرى أن يمسك مثل هذه وذلك أنه لا يؤمن أن تفسد فراشه وتلحق به ولداً ليس منه، قال

ابن المنذر لعل من كره هذه المرأة إنما كرهها على غير وجه التحريم فيكون مثل قول أحمد هذا، قال أحمد ولا يطؤها حتى يستبرئها بثلاث حيض، وذلك لما روى رويفع بن ثابت قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول يوم حنين «لا يحل لامرىء يؤمن بالله واليوم الآخر يسقي ماءه زرع غيره» يعني إتيان الحبالى، ولأنها ربما تأتي بولد من الزنا فينسب إليه والأولى أنه يكفي استبراؤها بالحيضة الواحدة لأنها تكفي في استبراء الإماء وفي أم الولد إذا عتقت بموت سيدها أو بإعتاق سيدها فيكفي ها هنا والمنصوص ها هنا مجرد الاستبراء وقد حصل بحيضة فيكتفي بها.

فصل: وإذا علم الرجل من جاريته الفجور فقال أحمد: لا يطؤها لعلها تلحق به ولداً ليس منه قال ابن مسعود أكره أن أطأ أمتي وقد بغت. وروى مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أنه كان ينهى أن يطأ الرجل أمته وفي بطنها ولد جنين لغيره، قال ابن عبد البر: هذا مجمع على تحريمه. وكان ابن عباس يرخص في وطء الأمة الفاجرة. وروي ذلك عن سعيد بن المسيب، ولعل من كره ذلك كرهه قبل الاستبراء أو إذا لم يحصنها أو يمنعها من الفجور ومن أباحه بعدهما فيكون القولان متفقين والله أعلم.

مسألة: قال: (ومن خطب امرأة فلم تسكن إليه فلغيره خطبتها).

الخطبة ـ بالكسر ـ خطبة الرجل المرأة لينكحها، والخطبة ـ بالضم ـ هي حمد الله والتشهد ولا يخلو حال المخطوبة من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تسكن إلى الخاطب لها فتجيبه أو تأذن لوليها في إجابته أو تزويجه فهذه يحرم على غير خاطبها خطبتها، لما روى ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه». وعن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك» متفق عليهما. ولأن في ذلك إفساداً على الخاطب الأول وإيقاع العداوة بين الناس ولذلك نهى النبي ﷺ عن بيع الرجل على بيع أخيه ولا نعلم في هذا خلافاً بين أهل العلم إلا قوماً حملوا النهي على الكراهة والظاهر أولى.

القسم الثاني: أن ترده أو لأتركن إليه فهذه يجوز خطبتها ـ لما روت فاطمة بنت قيس: «أنها أتت النبي ﷺ فذكرت أن معاوية وأبا جهم خطباها فقال رسول الله ﷺ: أما معاوية فصعلوك لا مال له وأما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه انكحي أسامة بن زيد» متفق عليه فخطبها النبي ﷺ بعد إخبارها إياه بخطبة معاوية وأبي جهم لها، ولأن تحريم خطبتها على هذا الوجه إضرار بها فإنه لا يشاء أحد أن يمنع المرأة النكاح إلا منعها بخطبته إياها وكذلك لو عرض لها في عدتها بالخطبة فقال لا تفوتيني بنفسك وأشباه هذا لم تحرم

خطبتها لأن في قصة فاطمة أن النبي ﷺ قال لها: «لا تفوتينا بنفسك» ولم ينكر خطبة أبي جهم ومعاوية لها.

وذكر ابن عبد البر أن ابن وهب روى بإسناده عن الحارث بن سعد بن أبي ديان: «أن عمر بن الخطاب خطب امرأة على جرير بن عبد الله وعلى مروان بن الحكم وعلى عبد الله بن عمر. فدخل على المرأة وهي جالسة في بيتها فقال عمر إن جرير بن عبد الله يخطب وهو سيد أهل المشرق، ومروان يخطب وهو سيد شاب قريش، وعبد الله بن عمر وهو من قد علمتم، وعمر بن الخطاب، فكشفت المرأة الستر فقالت: أجاد أمير المؤمنين؟ فقال: نعم. فقالت فقد أنكحت أمير المؤمنين فأنكحوه، فهذا عمر قد خطب على واحد بعد واحد قبل أن يعلم ما تقول المرأة في الأول.

القسم الثالث: أن يوجد من المرأة ما يدل على الرضى والسكون تعريضاً لا تصريحاً كقولها ما أنت إلا رضى وما عنك رغبة، فهذه في حكم القسم الأول لا يحل لغيره خطبتها هذا ظاهر كلام الخرقي وظاهر كلام أحمد فإنه قال: إذا ركن بعضهم إلى بعض فلا يحل لأحد أن يخطب والركون يستدل عليه بالتعريض تارة وبالتصريح أخرى، وقال القاضي ظاهر كلام أحمد إباحة خطبتها وهو مذهب الشافعي في الجديد لحديث فاطمة حيث خطبها النبي ﷺ وزعموا أن الظاهر من كلامها ركونها إلى أحدهما، واستدل القاضي بخطبته لها قبل سؤالها هل وجد منها ما دل على الرضى أو لا؟.

ولنا: عموم قوله عليه السلام: «لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه» ولأنه وجد منها ما دل على الرضى به وسكونها إليه فحرمت خطبتها كما لو صرحت بذلك. وأما حديث فاطمة فلا حجة لهم فيه فإن فيه ما يدل على أنها لم تركن إلى واحد منهما من وجهين:

أحدهما: أن النبي ﷺ قد كان قال لها: «لا تسبقيني بنفسك ـ وفي لفظ ـ لا تفوتيني بنفسك ـ وفي رواية ـ إذا حللت فآذنيني» فلم تكن لتفتات بالإجابة قبل أن تؤذن رسول الله ﷺ.

والثاني: أنها ذكرت ذلك لرسول الله ﷺ كالمستشيرة له فيهما أو في العدول عنهما إلى غيرهما وليس في الاستشارة دليل على ترجيح أحد الأمرين ولا ميل إلى أحدهما على أنها إنما ذكرت ذلك للنبي ﷺ لترجع إلى قوله ورأيه وقد أشار عليها بتركهما لما ذكرنا من عيبهما فجرى ذلك مجرى ردها لهما وتصريحها بمنعهما، ومن وجه آخر: أن النبي ﷺ قد سبقهما بخطبتها تعريضاً بقوله لها ما ذكرنا فكانت خطبته بعدهما مبنية على الخطبة السابقة لهما بخلاف ما نحن فيه.

فصل: والتعويل في الرد والإجابة على الولي إن كانت مجبرة وعليها إن لم تكن مجبرة

لأنها أحق بنفسها من وليها ولو أجاب هو ورغبت عن النكاح كان الأمر أمرها، وإن أجاب وليها فرضيت فهو كإجابتها وإن سخطت فلا حكم لإجابته لأن الحق لها، ولو أجاب الولي في حق المجبرة فكرهت المجاب واختارت غيره سقط حكم إجابة وليها لكون اختيارها مقدماً على اختياره، وإن كرهته ولم تجز سواه فينبغي أن يسقط حكم الإجابة أيضاً لأنه قد أمر باستئمارها فلا ينبغي له أن يكرهها على ما لا ترضاه. وإن أجابته ثم رجعت عن الإجابة وسخطته زال حكم الإجابة لأن لها الرجوع وكذلك إذا رجع الولي المجبر عن الإجابة زال حكمها لأن له النظر في أمر موليته ما لم يقع العقد، وإن لم ترجع هي ولا وليها ولكن ترك الخاطب الخطبة أو أذن فيها جازت خطبتها لما روي في حديث ابن عمر عن النبي ﷺ: «أنه نهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يأذن له أو يترك» رواه البخاري.

فصل: وخطبة الرجل على خطبة أخيه في موضع النهي محرمة. قال أحمد لا يحل لأحد أن يخطب في هذه الحال، وقال أبو جعفر العكبري هي مكروهة غير محرمة وهذا نهي تأديب لا تحريم.

ولنا: ظاهر النهي فإن مقتضاه التحريم ولأنه نهي عن الإضرار بالآدمي المعصوم فكان على التحريم كالنهي عن أكل ماله وسفك دمه فإن فعل فنكاحه صحيح نص عليه أحمد فقال لا يفرق بينهما وهو مذهب الشافعي، وروي عن مالك وداود أنه لا يصح وهو قياس قول أبي بكر لأنه قال في البيع على بيع أخيه هو باطل وهذا في معناه ووجهه أنه نكاح منهي عنه فكان باطلاً كنكاح الشغار.

ولنا: إن المحرم لم يفارق العقد فلم يؤثر فيه كما لو صرح بالخطبة في العدة.

فصل: ولا يكره للولي الرجوع عن الإجابة إذا رأى المصلحة لها في ذلك لأن الحق لها وهو نائب عنها في النظر لها فلا يكره له الرجوع الذي رأى المصلحة فيه كما لو ساوم في بيع دارها ثم تبين له المصلحة في تركها ولا يكره لها أيضاً الرجوع إذا كرهت الخاطب لأنه عقد عمرى يدوم الضرر فيه فكان لها الاحتياط لنفسها والنظر في حظها وإن رجعا عن ذلك لغير غرض كره لما فيه من إخلاف الوعد والرجوع عن القول ولم يحرم لأن الحق بعد لم يلزمهما كمن سام سلعة ثم بدا له ألا يبيعها.

فصل: فإن كان الخاطب الأول ذمياً لم تحرم الخطبة على خطبته نص عليه أحمد فقال: لا يخطب على خطبة أخيه ولا يساوم على سوم أخيه إنما هو للمسلمين ولو خطب على خطبة يهودي أو نصراني أو استام على سومهم لم يكن داخلاً في ذلك لأنهم ليسوا بإخوة للمسلمين. وقال ابن عبد البر: لا يجوز أيضاً لأن هذا خرج مخرج الغالب لا لتخصيص المسلم به.

ولنا: إن لفظ النهي خاص في المسلمين وإلحاق غيره به إنما يصح إذا كان مثله،

وليس الذمي كالمسلم ولا حرمته كحرمته، ولذلك لم تجب إجابتهم في دعوة الوليمة ونحوها وقوله خرج مخرج الغالب قلنا متى كان في المخصوص بالذكر معنى يصح أن يعتبر في الحكم لم يجز حذفه ولا تعدية الحكم بدونه، وللأخوة الإسلامية تأثير في وجوب الاحترام وزيادة الاحتياط في رعاية حقوقه وحفظ قلبه واستبقاء مودته فلا يجوز خلاف ذلك. والله أعلم.

مسألة: قال: (ولو عرض لها وهي في العدة بأن يقول: إني في مثلك لراغب وإن قضي شيء كان، وما أشبهه من الكلام مما يدلها على رغبته فيها فلا بأس إذا لم يصرح).

وجملة ذلك: أن المعتدات على ثلاثة أضرب: معتدة من وفاة أو طلاق ثلاث أو فسخ لتحريمها على زوجها كالفسخ برضاع أو لعان أو نحوه مما لا تحل بعد لزوجها فهذه يجوز التعريض بخطبتها في عدتها لقول الله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ﴾ [البقرة: ٢٣٥] ولما روت فاطمة بنت قيس أن النبي ﷺ قال لها لما طلقها زوجها ثلاثاً «إذا حللت فآذنيني ـ وفي لفظ ـ لا تسبقيني بنفسك ـ وفي لفظ ـ لا تفوتينا بنفسك» وهذا تعريض بخطبتها في عدتها ولا يجوز التصريح لأن الله تعالى لما خص التعويض بالإباحة دل على تحريم التصريح ولأن التصريح لا يحتمل غير النكاح فلا يؤمن أن يحملها الحرص عليه على الإخبار بانقضاء عدتها قبل انقضائها والتعريض بخلافه.

القسم الثاني: الرجعية فلا يحل لأحد التعويض بخطبتها ولا التصريح لأنها في حكم الزوجات فهي كالتي في صلب نكاحه.

القسم الثالث: بائن يحل لزوجها نكاحها كالمختلعة والبائن يفسخ لغيبة أو إعسار ونحوه فلزوجها التصريح بخطبتها والتعريض لأنها مباحة له نكاحها في عدتها فهي كغير المعتدة وهل يجوز لغيره التعريض بخطبتها؟ فيه وجهان وللشافعي فيه أيضاً قولان. أحدهما: يجوز لعموم الآية ولأنها بائن فأشبهت المطلقة ثلاثاً. والثاني: لا يجوز لأن الزوج يملك أن يستبيحها فهي كالرجعية والمرأة في الجواب كالرجل في الخطبة فيما يحل ويحرم لأن الخطبة للعقد فلا يختلفان في حله وحرمته إذا ثبت هذا فالتعريض أن يقول: إني في مثلك لراغب ورب راغب فيك.

وقال القاسم بن محمد: التعريض أن يقول إنك علي لكريمة وإني فيك لراغب وإن الله لسائق إليك خيراً أو رزقاً، وقال الزهري: أنت جميلة وأنت مرغوب فيك، وإن قال لا تسبقينا بنفسك أو لا تفوتينا بنفسك أو إذا حللت فآذنيني ونحو ذلك جاز، قال مجاهد: مات رجل وكانت امرأته تتبع الجنازة فقال رجل لا تسبقينا بنفسك فقالت سبقك غيرك، وتجيبه المرأة إن قضي شيء كان وما نرغب عنك وما أشبهه، والتصريح هو اللفظ

الذي لا يحتمل غير النكاح نحو أن يقول: زوجيني نفسك أو إذا انقضت عدتك تزوجتك، ويحتمل أن هذا معنى قوله تعالى: ﴿لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِراً﴾ [البقرة: ٢٣٥] فإن النكاح يسمى سراً. قال الشاعر:

فلن تطلبوا سرها للفتى ... ولن تسلموها لازهادها

وقال الشافعي: السر الجماع، وأنشد لامرىء القيس:

ألا زعمت بسباسة القوم أنني ... كبرت وأن لا يحسن السر أمثالي

ومواعدة السر أن يقول عندي جماع يرضيك ونحوه وكذلك إن قال رب جماع يرضيك، فنهى عنه لما فيه من الهجر والفحش والدناءة والسخف.

فصل: فإن صرح بالخطبة أو عرض في موضع يحرم التعريض ثم تزويجها بعد حلها صح نكاحه. وقال مالك: يطلقها تطليقة ثم يتزوجها وهذا غير صحيح لأن هذا المحرم لم يقارن العقد فلم يؤثر فيه كما في النكاح الثاني أو كما لو رآها متجردة ثم تزوجها.

فصل: ويحرم على العبد نكاح سيدته. قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن نكاح المرأة عبدها باطل، وروى الأثرم بإسناده عن أبي الزبير قال: سألت جابراً عن العبد ينكح سيدته فقال جاءت امرأة إلى عمر بن الخطاب ونحن بالجابية وقد نكحت عبدها فانتهرها عمر وهم أن يرجمها وقال لا يحل لك. ولأن أحكام النكاح مع أحكام الملك يتنافيان فإن كل واحد منهما يقتضي أن يكون الآخر بحكمه يسافر بسفره ويقيم بإقامته وينفق عليه فيتنافيان.

فصل: وليس للسيد أن يتزوج أمته. لأن ملك الرقبة يفيد ملك المنفعة وإباحة البضع فلا يجتمع معه عقد أضعف منه ولو ملك زوجته وهي أمة انفسخ نكاحها وكذلك لو ملكت المرأة زوجها انفسخ نكاحها ولا نعلم في هذا خلافاً ولا يجوز أن يتزوج أمة له فيها ملك ولا يتزوج مكاتبته لأنها مملوكته.

فصل: ولا يجوز للحر أن يتزوج أمة ابنه لأن له فيها شبهة وهذا قول أهل الحجاز وقال أهل العراق له ذلك لأنها ليست مملوكة له ولا تعتق بإعتاقه لها.

ولنا: قول النبي ﷺ: «أنت ومالك لأبيك» ولأنه لو ملك جزءاً من أمة لم يصح نكاحه لها فما هي مضافة إليه بجملتها شرعاً أولى بالتحريم وكذلك لا يجوز للعبد نكاح أم سيده أو سيدته مع ما ذكرنا من الخلاف ويجوز للعبد أن يتزوج أمة ابنه لأن الرق يقطع ولايته عن أبيه وماله ولهذا لا يلي ماله ولا نكاحه ولا يرث أحدهما صاحبه فهو كالأجنبي منه.

فصل: وللابن نكاح أمة أبيه لأنه لا ملك له فيها ولا شبهة ملك فأشبه الأجنبي وكذلك سائر القرابات ويجوز أن يزوج الرجل ابنته المملوكة إذا قلنا ليست الحرية شرطاً في الصحة، ومتى مات الأب فورث أحد الزوجين صاحبه أو جزءاً منه انفسخ النكاح وكذلك إن ملكه أو جزءاً منه بغير الإرث لا نعلم فيه خلافاً إلا أن الحسن قال إذا اشترى امرأته للعتق فأعتقها حين ملكها فهما على نكاحهما ولا يصح لأنهما متنافيان فلا يجتمعان قليلاً ولا كثيراً فبمجرد الملك لها انفسخ نكاحه سابقاً على عتقها. وحكم المكاتب يتزوج بنت سيده أو سيدته حكم العبد في أنه إذا مات سيده انفسخ نكاحه. وقال أصحاب الرأي بحاله لأنها لا تملكه إنما لها عليه دين وليس بصحيح فإن النبي ﷺ قال: «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم» ولأنه لو زال الملك عنه لما عاد بعجزه كما لو أعتق.

فصل: وإذا ملكت المرأة زوجها أو بعضه فانفسخ نكاحها فليس ذلك بطلاق فمتى أعتقه ثم تزوجها لم تحتسب عليه بتطليقة. وبهذا قال الحكم وحماد ومالك والشافعي وابن المنذر وإسحاق وقال الحسن والزهري وقتادة والأوزاعي هي تطليقة وليس بصحيح لأنه لم يلفظ بطلاق صريح ولا كناية وإنما انفسخ النكاح بوجود ما ينافيه فأشبه انفساخه بإسلام أحدهما أو ردته ولو ملك الرجل بعض زوجته انفسخ نكاحها وحرم وطؤها في قول عامة المفتين حتى يستخلصها فتحل له بملك اليمين روي عن قتادة أنه قال لم يزده ملكه فيها إلا قرباً وليس بصحيح لأن النكاح لا يبقى في بعضها وملكه لم يتم عليها ولا يثبت الحل فيما لا يملكه ولا نكاح فيه.

فصل: ولا يجوز للرجل وطء جارية ابنه لأن الله تعالى قال: ﴿إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ﴾ [المؤمنون: ٦] وليست هذه زوجة له ولا مملوكته ولأنه يحل لابنه وطؤها ولا تحل المرأة لرجلين فإن وطئها فلا حد عليه، نص عليه أحمد، وقال داود: يحد. وقال بعض الشافعية: إن كان ابنه وطئها حد لأنها محرمة عليه على التأبيد.

ولنا: إن له فيها شبهة لقول النبي ﷺ: «أنت ومالك لأبيك» والحد يدرأ بالشبهات ولأن الأب لا يقتل بقتل ابنه والقصاص حق آدمي فإذا سقط بشبهة الملك فالحد الذي هو حق الله تعالى بطريق الأولى ولأنه لا يقطع بسرقة ماله ولا يحد بقذفه فكذلك لا يحد بالزنا بجاريته، فإذا ثبت هذا فإنها تحرم على الابن على التأبيد وإن كان الابن قد وطئها حرمت عليهما على التأبيد وإذا لم تعلق من الأب لم يزل ملك الابن عنها ولم يلزمه قيمتها، وقال أبو حنيفة: يلزمه ضمانها لأنه أتلفها عليه وحرمه وطأها فأشبه ما لو قبلها.

ولنا: إنه لم يخرجها عن ملكه ولم تنقص قيمتها فأشبه ما لو أرضعها امرأته فإنها تحرم على الابن ولا يجب له ضمانها وإن علقت منه فالولد حر يلحق به النسب لأنه من وطء لا يجب به الحد لأجل الشبهة فأشبه ولد الجارية المشتركة وتصير الجارية أم ولد للأب. وقال

الشافعي في أحد قوليه: لا تصير أم ولد لأنها غير مملوكة له فأشبه ما لو وطىء جارية أجنبي بشبهة.

ولنا: إنها علقت منه بحر لأجل الملك فأشبهت الجارية المشتركة إذا كان موسراً، قال أصحابنا ولا يلزم الأب قيمة الجارية ولا قيمة ولدها ولا مهرها. وقال الشافعي يلزمه ذلك كله إذا حكم بأنها أم ولد وهذا يبنى على أصل وهو أن للأب أن يتملك من مال ولده ما شاء وأنه ليس للابن مطالبة أبيه بدين له عليه ولا قيمة متلف وعندهم بخلاف ذلك وهذا يذكر في موضع آخر إن شاء الله تعالى.

فصل: وإن وطىء الابن جارية أبيه عالماً بتحريم ذلك فعليه الحد ولا يلحقه النسب ولا تصير به الجارية أم ولد لأنه لا ملك له ولا شبهة ملك فأشبه وطء الأجنبية وكذلك سائر الأقارب.

فصل: وإن وطىء الأب وابنه جارية الابن في طهر واحد فأتت بولد أري القافة فألحق بمن ألحقته به منهما وصارت أم ولد له كما لو انفرد بوطئها وإن ألحقته بهما وإن أولدها أحدهما بعد الآخر فهي أم ولد للأول منهما خاصة لأنها بولادتها منه صارت له أم ولد لانفراده بإيلادها فلا تنتقل بعد ذلك إلى غيره لأن أم الولد لا ينتقل الملك فيها إلى غير مالكها.

وقد نقل عن أحمد في رجل وقع على جارية ابنه فإن كان الأب قابضاً لها ولم يكن الابن وطئها فأحبلها الأب فالولد ولده والجارية له وليس للابن فيها شيء، قال القاضي ظاهر هذا أن الابن إن كان وطئها لم تصر أم ولد للأب لأنه يحرم عليه وطؤها وأخذها فتكون قد علقت بمملوك وإن كان الأب قبضها ولم يكن الابن وطئها ملكها لأن للأب أن يأخذ من مال ولده ما زاد على قدر نفقته ولم تتعلق به حاجته فيتملكه.

باب نكاح أهل الشرك

أنكحة الكفار صحيحة يقرون عليها إذا أسلموا أو تحاكموا إلينا إذا كانت المرأة ممن يجوز ابتداء نكاحها في الحال ولا ينظر صفة عقدهم وكيفيته ولا يعتبر له شروط أنكحة المسلمين من الولي والشهود وصيغة الإيجاب والقبول وأشباه ذلك بلا خلاف بين المسلمين.

قال ابن عبد البر: أجمع العلماء على أن الزوجين إذا أسلما معاً في حال واحدة أن لهما المقام على نكاحها ما لم يكن بينهما نسب ولا رضاع، وقد أسلم خلق في عهد رسول الله ﷺ وأسلم نساءهم وأقروا على أنكحتهم ولم يسألهم رسول الله ﷺ عن شروط النكاح ولا كيفيته وهذا أمر علم بالتواتر والضرورة فكان يقيناً ولكن ينظر في الحال فإذا كانت المرأة على صفة يجوز له ابتداء نكاحها أقر، وإن كانت ممن لا يجوز ابتداء نكاحها كأحد المحرمات بالنسب أو السبب أو المعتدة والمرتدة والوثنية والمجوسية والمطلقة ثلاثاً لم يقر، وإن تزوجها في العدة وأسلما بعد انقضائها أقر لأنها يجوز ابتداء نكاحها.

مسألة: قال أبو القاسم رحمه الله تعالى: (وإذا أسلم الوثني وقد تزوج بأربع وثنيات ولم يدخل بهن بنَّ منه وكان لكل واحدة نصف ما سمى لها إن كان حلالاً أو نصف صداق مثلها إن كان ما سمى لها حراماً، ولو أسلم النساء قبله وقبل الدخول بن منه أيضاًولا شيء عليه لواحدة منهن فإن كان إسلامه وإسلامهن قبل الدخول معاً فهن زوجات، فإن كان دخل بهن ثم أسلم فمن لم تسلم منهن قبل انقضاء عدتها حرمت عليه مند اختلف الدينان).

في هذه المسألة فصول خمسة. أحدها: أنه إذا أسلم أحد الزوجين الوثنيين أو المجوسيين أو كتابي يتزوج بوثنية أو مجوسية قبل الدخول تعجلت الفرقة بينهما من حين إسلامه ويكون ذلك فسخاً لا طلاقاً وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا تتعجل الفرقة بل إن كانا في دار الإسلام عرض الإسلام على الآخر فإن أبى وقعت الفرقة حينئذ، وإن كانا في دار الحرب وقف ذلك على انقضاء عدتها فإن لم يسلم الآخر وقعت الفرقة فإن كان الإباء من

الزوج كان طلاقاً لأن الفرقة حصلت من قبله فكان طلاقاً كما لو لفظ به، وإن كان من المرأة كان فسخاً لأن المرأة لا تملك الطلاق، وقال مالك إن كانت هي المسلمة عرض عليه الإسلام فإن أسلم وإلا وقعت الفرقة، وإن كان هو المسلم تعجلت الفرقة لقوله سبحانه: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾ [الممتحنة: ١٠].

ولنا: إنه اختلاف دين يمنع الإقرار على النكاح فإذا وجد قبل الدخول تعجلت الفرقة كالردة على ملك كإسلام الزوج أو كما لو أبى الآخر الإسلام، ولأنه إن كان هو المسلم فليس له إمساك كافرة لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾ [الممتحنة: ١٠] وإن كانت هي المسلمة فلا يجوز إبقاؤها على نكاح مشرك.

ولنا: على أنها فرقة فسخ أنها فرقة باختلاف الدين فكان فسخاً كما لو أسلم الزوج وأبت المرأة ولأنها فرقة بغير لفظ فكانت فسخاً كفرقة الرضاع.

الفصل الثاني: أن الفرقة إذا حصلت قبل الدخول بإسلام الزوج فللمرأة نصف المسمى وإن كانت التسمية صحيحة أو نصف مهر مثلها إن كانت فاسدة مثل أن يصدقها خمراً أو خنزيراً لأن الفرقة حصلت بفعله، وإن كانت بإسلام المرأة فلا شيء لها لأن الفرقة من جهتها وبهذا قال الحسن ومالك والزهري والأوزاعي وابن شبرمة والشافعي. وعن أحمد رواية أخرى أن لها نصف المهر إذا كانت هي المسلمة واختارها أبو بكر، وبه قال قتادة والثوري ويقتضيه قول أبي حنيفة لأن الفرقة حصلت من قبله بإبائه الإسلام وامتناعه منه وهي فعلت ما فرض الله عليها فكان لها نصف ما فرض الله لها كما لو علق طلاقها على الصلاة فصلت.

ونقل عن أحمد في مجوسي أسلم قبل أن يدخل بامرأته لا شيء لها من الصداق ووجهه ما ذكرناه ووجه الأول أن الفرقة حصلت باختلاف الدين واختلاف الدين حصل بإسلامها فكانت الفرقة حاصلة بفعلها فلم يجب لها شيء كما لو ارتدت ويفارق تعليق الطلاق فإنه من جهة الزوج ولهذا لو علقه على دخول الدار فدخلت وقعت الفرقة ولها نصف المهر.

الفصل الثالث: أن الزوجين إذا أسلما معاً فهما على النكاح سواء كان قبل الدخول أو بعده وليس بين أهل العلم في هذا اختلاف بحمد الله. ذكر ابن عبد البر أنه إجماع من أهل العلم وذلك لأنه لم يوجد منهم اختلاف دين. وقد روى أبو داود عن ابن عباس أن رجلاً جاء مسلماً على عهد رسول الله ﷺ ثم جاءت امرأته مسلمة بعده فقال: يا رسول الله إنها كانت أسلمت معي فردها عليه ويعتبر تلفظهما بالإسلام دفعة واحدة لئلا يسبق أحدهما صاحبه فيفسد النكاح ويحتمل أن يقف على المجلس كالقبض ونحوه فإن حكم المجلس كله

حكم حالة العقد، ولأنه يبعد اتفاقهما على النطق بكلمة الإسلام دفعة واحدة، فلو اعتبر ذلك لوقعت الفرقة بين كل مسلمين قبل الدخول إلا في الشاذ النادر فيبطل الإجماع.

الفصل الرابع: أنه إذا كان إسلام أحدهما بعد الدخول ففيه عن أحمد روايتان:

إحداهما: يقف على انقضاء العدة فإن أسلم الآخر قبل انقضائها فهما على النكاح وإن لم يسلم حتى انقضت العدة وقعت الفرقة منذ اختلف الدينان فلا يحتاج إلى استئناف العدة وهذا قول الزهري والليث والحسن بن صالح والأوزاعي والشافعي وإسحاق ونحوه عن مجاهد وعبد الله بن عمر ومحمد بن الحسن. **والرواية الثانية:** تتعجل الفرقة وهو اختيار الخلال وصاحبه، وقول الحسن وطاوس وعكرمة وقتادة والحكم وروي ذلك عن عمر بن عبد العزيز ونصره ابن المنذر، وقول أبي حنيفة ها هنا كقوله فيما قبل الدخول إلا أن المرأة إذا كانت في دار الحرب فانقضت عدتها وحصلت الفرقة لزمها استئناف العدة، وقال مالك إن أسلم الرجل قبل امرأته عرض عليها الإسلام فإن أسلمت وإلا وقعت الفرقة وإن كانت غائبة تعجلت الفرقة، وإن أسلمت المرأة قبله وقفت على انقضاء العدة واحتج من قال بتعجيل الفرقة بقوله سبحانه: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ﴾ [الممتحنة: ١٠] ولأن ما يوجب فسخ النكاح لا يختلف بما قبل الدخول وبعده كالرضاع.

ولنا: ما روى مالك في موطئه عن ابن شهاب قال كان بين إسلام صفوان بن أمية وامرأته بنت الوليد بن المغيرة نحو من شهر أسلمت يوم الفتح وبقي صفوان حتى شهد حنيناً والطائف وهو كافر ثم أسلم فلم يفرق النبي ﷺ بينهما واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح. قال ابن عبد البر وشهرة هذا الحديث أقوى من إسناده، وقال ابن شهاب أسلمت أم حكيم يوم الفتح وهرب زوجها عكرمة حتى أتى اليمن فارتحلت حتى قدمت عليه اليمن فدعته إلى الإسلام فأسلم وقدم فبايع النبي ﷺ فثبتا على نكاحهما، وقال ابن شبرمة: كان الناس على عهد رسول الله ﷺ يسلم الرجل قبل المرأة والمرأة قبل الرجل فأيهما أسلم قبل انقضاء عدة المرأة فهي امرأته، وإن أسلم بعد العدة فلا نكاح بينهما. ولأن أبا سفيان خرج فأسلم عام الفتح قبل دخول النبي ﷺ مكة ولم تسلم هند امرأته حتى فتح النبي ﷺ مكة فثبتا على النكاح وأسلم حكيم بن حزام قبل امرأته وخرج أبو سفيان بن الحارث وعبد الله بن أمية فلقيا النبي ﷺ عام الفتح بالأبواء فأسلما قبل نسائهما ولم يعلم أن النبي ﷺ فرق بين أحد ممن أسلم وبين امرأته ويبعد أن يتفق إسلامهما دفعة واحدة، ويفارق ما قبل الدخول فإنه لا عدة لها فتتعجل البينونة كالمطلقة واحدة، وها هنا لها عدة. فإذا انقضت تبينا وقوع الفرقة من حين أسلم الأول فلا يحتاج إلى عدة ثانية لأن اختلاف الدين سبب الفرقة فتحتسب الفرقة منه كالطلاق.

الفصل الخامس: أنه إذا أسلم أحد الزوجين وتخلف الآخر حتى انقضت عدة المرأة

انفسخ النكاح في قول عامة العلماء. قال ابن عبد البر: لم يختلف العلماء في هذا إلا شيء روي عن النخعي شذ فيه عن جماعة العلماء فلم يتبعه عليه أحد رغم أنها ترد إلى زوجها، وإن طالت المدة لما روى ابن عباس أن رسول الله ﷺ «رد زينب على زوجها أبي العاص بنكاحها الأول» رواه أبو داود واحتج به أحمد قيل له أليس أنه ردها بنكاح مستأنف؟ قال ليس له أصل، وقيل كان بين إسلامها وردها إليه ثمان سنين.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾ [الممتحنة: ١٠] وقوله سبحانه: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾ [الممتحنة: ١٠] والإجماع المنعقد على تحريم تزوج المسلمات على الكفار فأما قصة أبي العاص مع امرأته فقال ابن عبد البر لا يخلو من أن تكون قبل نزول تحريم المسلمات على الكفار فتكون منسوخة بما جاء بعدها أو تكون حاملاً استمر حكمها حتى أسلم زوجها أو مريضة لم تحض ثلاث حيضات حتى أسلم أو تكون ردت إليه بنكاح جديد فقد روى ابن أبي شيبة في سننه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ ردها على أبي العاص بنكاح جديد، ورواه الترمذي وقال سمعت عبد بن حميد يقول: سمعت يزيد بن هارون يقول حديث ابن عباس أجود إسناداً والعمل على حديث عمرو بن شعيب.

فصل: وإذا وقعت الفرقة بإسلام أحدهما بعد الدخول فلها المهر كاملاً لأنه استقر بالدخول فلم يسقط بشيء فإن كان مسمى صحيحاً فهو لها لأن أنكحة الكفار صحيحة يثبت لها أحكام الصحة وإن كان محرماً وقد قبضته في حال الكفر فليس لها غيره لأننا لا نتعرض لما مضى من أحكامهم، وإن لم تقبضه وهو حرام فلها مهر مثلها لأن الخمر والخنزير لا يجوز أن يكون صداقاً لمسلمة ولا في نكاح مسلم وقد صارت أحكامهم أحكام المسلمين، فأما نفقة العدة فإن كانت هي المسلمة قبله فلها نفقة عدتها لأنه يتمكن من إبقاء نكاحها واستمتاعه منها بإسلامه معها فكانت لها النفقة كالرجعية، وإن كان هو المسلم قبلها فلا نفقة لها عليه لأنه لا سبيل له إلى استبقاء نكاحها وتلافي حالها فأشبهت البائن وسواء أسلمت في عدتها أو لم تسلم، فإن قيل إذا لم تسلم تبينا أن نكاحها انفسخ باختلاف الدينين فكيف تجب النفقة للبائن؟ قلنا: لأنه كان يمكن للزوج تلافي نكاحها إذا أسلمت بل يجب عليه ذلك فكانت في معنى الرجعية، فإن قيل الرجعية جرت إلى البينونة بسبب منه، وهذا السبب منها قلنا إلا أنه كان فرضاً عليها مضيقاً ويمكنه تلافيه بخلاف ما إذا أسلمت قبل الدخول فإنه يسقط مهرها جميعه لأنه ما أمكنه تلافيه.

فصل: في اختلاف الزوجين

لا يخلو اختلافهما من حالين. **أحدهما:** أن يكون قبل الدخول ففيه مسألتان: **إحداهما:** أن يقول الزوج أسلمنا معاً فنحن على النكاح وتقول هي بل أسلم أحدنا قبل

صاحبه فانفسخ النكاح فقال القاضي القول قول المرأة لأن الظاهر معها وكذلك إذ يتعذر اتفاق الإسلام منهما دفعة واحدة والقول قول من الظاهر معه ولذلك كان القول قول صاحب اليد. وذكر أبو الخطاب فيها وجهاً آخر أن القول قول الزوج لأن الأصل بقاء النكاح والفسخ طارىء عليه فكان القول قول من يوافق قوله الأصل كالمنكر، وللشافعي قولان كهذين الوجهين.

المسألة الثانية: أن يقول الزوج أسلمت قبلي فلا صداق لك. وتقول هي أسلمت قبلي فلي نصف الصداق فالقول قولها لأن المهر وجب بالعقد والزوج يدعي ما يسقطه والأصل بقاؤه ولم يعارضه ظاهر فبقي فإن اتفقا على أن أحدهما أسلم قبل صاحبه ولا يعلمان عينه فلها نصف الصداق كذلك ذكره أبو الخطاب، وقال القاضي: إن لم تكن قبضت فلا شيء لها لأنها تشك في استحقاقها فلا تستحق بالشك وإن كان بعد القبض لم يرجع عليها. لأنه يشك في استحقاق الرجوع ولا يرجع مع الشك والأول أصح. لأن اليقين لا يزال بالشك وكذلك إذا تيقن الطهارة وشك في الحدث أو تيقن الحدث وشك في الطهارة بنى على اليقين، وهذه قد كان صداقها واجباً لها وشكا في سقوطه فيبقى على الوجوب. وأما إن اختلفا بعد الدخول ففيه أيضاً مسألتان. **إحداهما**: أن يقول أسلمنا معاً أو أسلم الثاني منا في العدة فنحن على النكاح وتقول هي بل أسلم الثاني بعد العدة فانفسخ النكاح ففيه وجهان أحدهما: القول قوله لأن الأصل بقاء النكاح. **والثاني**: القول قولها لأن الأصل عدم إسلام الثاني.

المسألة الثانية: أن تقول أسلمت قبلك فلي نفقة العدة ويقول هو أسلمت قبلك فلا نفقة لك فالقول قولها لأن الأصل وجوب النفقة وهو يدعي سقوطها، وإن قالت أسلمت بعد شهرين من إسلامي فلا نفقة لك فيهما وقالت بعد شهر فالقول قوله لأن الأصل عدم إسلامها في الشهر الثاني، فأما إن ادعى هو ما يفسخ النكاح وأنكرته انفسخ النكاح لأنه يقر على نفسه بزوال نكاحه وسقوط حقه فأشبه ما لو ادعى أنها أخته من الرضاع فكذبته.

فصل: وسواء فيما ذكرنا اتفقت الداران أو اختلفتا وبه قال مالك والأوزاعي والليث والشافعي وقال أبو حنيفة إن أسلم أحدهما وهما في دار الحرب ودخل دار الإسلام انفسخ النكاح ولو تزوج حربي حربية ثم دخل دار الإسلام وعقد الذمة انفسخ نكاحه لاختلاف الدارين ويقتضي مذهبه أن أحد الزوجين الذميين إذا دخل دار الحرب ناقضاً للعهد انفسخ نكاحه لأن الدار اختلفت بهما فعلاً وحكماً فوجب أن تقع الفرقة بينهما كما لو أسلمت في دار الإسلام قبل الدخول.

ولنا: إن أبا سفيان أسلم بمر الظهران وامرأته بمكة لم تسلم وهي دار حرب، وأم حكيم أسلمت بمكة وهرب زوجها عكرمة إلى اليمن وامرأة صفوان بن أمية أسلمت يوم

الفتح وهرب زوجها ثم أسلموا وأقروا على أنكحتهم مع اختلاف الدين والدار بهم، ولأنه عقد معاوضة فلم يفسخ باختلاف الدار كالبيع ويفارق ما قبل الدخول فإن القاطع للنكاح اختلاف الدين المانع من الإقرار على النكاح دون ما ذكروه، فعلى هذا لو تزوج مسلم مقيم بدار الإسلام حربية من أهل الكتاب صح نكاحه وعندهم لا يصح.

ولنا: عموم قوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: ٥] ولأنها امرأة يباح نكاحها إذا كانت في دار الإسلام فأبيح نكاحها في دار الحرب كالمسلمة.

مسألة: قال: (ولو نكح أكثر من أربع في عقد واحد أو في عقود متفرقة ثم أصابهن ثم أسلم ثم أسلمت كل واحدة منهن في عدتها اختار أربعاً منهن وفارق ما سواهن سواء كان من أمسك منهن أول من عقد عليهن أو آخرهن).

وجملة ذلك أن الكافر إذا أسلم ومعه أكثر من أربع نسوة فأسلمن في عدتهن أو كن كتابيات لم يكن له إمساكهن كلهن بغير خلاف نعلمه ولا يملك إمساك أكثر من أربع فإذا أحب ذلك اختار أربعاً منهن وفارق سائرهن سواء تزوجن في عقد أو في عقود وسواء اختار الأوائل أو الأواخر نص عليه أحمد وبه قال الحسن ومالك والليث والأوزاعي والثوري والشافعي وإسحاق ومحمد بن الحسن وقال أبو حنيفة وأبو يوسف إن كان تزوجهن في عقد انفسخ نكاح جميعهن، وإن كان في عقود فنكاح الأوائل صحيح ونكاح ما زاد على أربع باطل لأن العقد إذا تناول أكثر من أربع فتحريمه من طريق الجمع فلا يكون فيه مخيراً بعد الإسلام كما لو تزوجت المرأة زوجين في حال الكفر ثم أسلموا.

ولنا: ما روى قيس بن الحارث قال: أسلمت وتحتي ثمان نسوة فأتيت النبي ﷺ فقلت له ذلك فقال: «اختر منهن أربعاً» رواه أحمد وأبو داود وروى محمد بن سويد الثقفي أن غيلان بن سلمة أسلم وتحته عشر نسوة فأسلمن معه فأمره رسول الله ﷺ أن يتخير منهن أربعاً. رواه الترمذي ورواه مالك في موطئه عن الزهري مرسلاً، ورواه الشافعي في مسنده عن ابن علية عن معمر عن الزهري عن سالم عن أبيه. إلا أنه غير محفوظ غلط فيه معمر وخالف فيه أصحاب الزهري كذلك قال الحفاظ الإمام أحمد والترمذي وغيرهما. ولأن كل عدد جاز له ابتداء العقد عليه جاز له إمساكه بنكاح مطلق في حال الشرك كما لو تزوجن بغير شهود. وأما إذا تزوجت بزوجين فنكاح الثاني باطل، لأنها ملكته ملك غيرها، وإن جمعت بينهما لم يصح، لأنها لم تملكه جميع بعضها، ولأن ذلك ليس بشائع عند أحد من أهل الأديان، ولأن المرأة ليس لها اختيار النكاح وفسخه بخلاف الرجل.

فصل: ويجب عليه أن يختار أربعاً فما دون ويفارق سائرهن أو يفارق الجميع. لأن

النبي ﷺ أمر غيلان وقيساً بالاختيار وأمره يقتضي الوجوب، ولأن المسلم لا يجوز إقراره على نكاح أكثر من أربع، فإن أبى أجبر بالحبس والتعزير إلى أن يختار، لأن هذا حق عليه يمكنه إيفاؤه وهو ممتنع منه فأجبر عليه كإيفاء الدين، وليس للحاكم أن يختار عنه كما يطلق على المولى إذا امتنع من الطلاق، لأن الحق ها هنا لغير معين، وإنما تتعين الزوجات باختياره وشهوته، وذلك لا يعرفه الحاكم فينوب عنه فيه بخلاف المولى. فإن الحق لمعين يمكن الحاكم إيفاؤه والنيابة عن المستحق فيه فإن جن خلي حتى يعود عقله ثم يجبر على الاختيار وعليه نفقة الجميع إلى أن يختار لأنهن محبوسات عليه، ولأنهن في حكم الزوجات أيتهن اختار جاز.

فصل: ولو زوج الكافر ابنه الصغير أكثر من أربع ثم أسلموا جميعاً لم يكن له الاختيار قبل بلوغه فإنه لا حكم لقوله وليس لأبيه الاختيار عنه لأن ذلك حق يتعلق بالشهوة فلا يقوم غيره مقامه فيه فإذا بلغ الصبي كان له أن يختار حينئذ وعليه النفقة إلى أن يختار.

فصل: فإن مات قبل أن يختار لم يقم وارثه مقامه لما ذكرنا في الحاكم وعلى جميعهن العدة. لأن الزوجات لم يتعين منهن، فمن كانت منهن حاملاً فعدتها بوضعه ومن كانت آيسة أو صغيرة فعدتها أربعة أشهر وعشر لأنها أطول العدتين في حقها، وإن كانت من ذوات القروء فعدتها أطول الأجلين من ثلاثة قروء أو أربعة أشهر وعشر لتقضي العدة بيقين لأن كل واحدة منهن يحتمل أن تكون مختارة أو مفارقة، وعدة المختارة عدة الوفاة وعدة المفارقة ثلاثة قروء فأوجبنا أطولهما لتنقضي العدة بيقين كما قلنا فيمن نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها عليه خمس صلوات وهذا مذهب الشافعي، فأما الميراث فإن اصطلحن عليه فهو جائز كيفما اصطلحن لأن الحق لهن لا يخرج عنهن وإن أبين الصلح فقياس المذهب أن يقرع بينهن فتكون الأربع منهن بالقرعة وعند الشافعي يوقف الميراث حتى يصطلحن وأصل هذا يذكر في غير هذا الموضوع إن شاء الله تعالى.

فصل: وصفة الاختيار أن يقول: اخترت نكاح هؤلاء أو اخترت هؤلاء أو أمسكتهن أو اخترت حبسهن أو إمساكهن أو نكاحهن أو أمسكت نكاحهن أو ثبت نكاحهن أو أثبتهن، وإن قال لما زاد على الأربع فسخت نكاحهن كان اختياراً للأربع، وإن طلق إحداهن كان اختياراً لها، لأن الطلاق لا يكون إلا في زوجة، وإن قال قد فارقت هؤلاء أو اخترت فراق هؤلاء، فإن لم ينو الطلاق كان اختياراً لغيرهن لقول النبي ﷺ لغيلان: «اختر منهن أربعاً وفارق سائرهن» وهذا يقتضي أن يكون لفظ الفراق صريحاً فيه كما كان لفظ الطلاق صريحاً فيه، وكذا في حديث فيروز الديلمي قال: فعمدت إلى أقدمهن صحبة ففارقتها، وهذا الموضع أخص بهذا اللفظ فيجب أن يتخصص فيه بالفسخ، وإن نوى به الطلاق كان اختياراً لهن دون غيرهن، وذكر القاضي فيه عند الإطلاق وجهين:

أحدهما: أنه يكون اختياراً للمفارقات، لأن لفظ الفراق صريح في الطلاق والأولى ما ذكرناه، وإن وطىء إحداهن كان اختياراً لها في قياس المذهب، لأنه لا يجوز إلا في ملك فيدل على الاختيار كوطء الجارية المبيعة بشرط الخيار ووطء الرجعية أيضاً اختيار لها. وإن آلى من واحدة منهن أو ظاهر منها لم يكن اختياراً لها. لأنه يصح في غير زوجة في أحد الوجهين، وفي الآخر يكون اختياراً لها لأن حكمه لا يثبت في غير زوجة، وإن قذفها لم يكن اختياراً لها، لأنه يقع في غير زوجة.

فصل: وإذا اختار منهن أربعاً وفارق البواقي فعدتهن من حين اختار لأنهن بنَّ منه بالاختيار ويحتمل أن تكون عدتهن من حين أسلم لأنهن بن بإسلامه وإنما يتبين ذلك باختياره فيثبت حكمه من حين الإسلام كما إذا أسلم أحد الزوجين ولم يسلم الآخر حتى انقضت عدتها وفرقهن فسخ لأنها تثبت بإسلامه من غير لفظ منهن، وعدتهن كعدة المطلقات لأن عدة من انفسخ نكاحها كذلك وإن ماتت إحدى المختارات أو بانت منه وانقضت عدتها فله أن ينكح من المفارقات وتكون عنده على طلاق ثلاث. لأنه لم يطلقها قبل ذلك، وإن اختار أقل من أربع أو اختار ترك الجميع أمر بطلاق أربع أو تمام أربع لأن الأربع الزوجات لا يبن منه إلا بطلاق أو ما يقوم مقامه فإذا طلق أربعاً منهن وقع طلاقه بهن وانفسخ نكاح الباقيات لاختياره لهن، وتكون عدة المطلقات من حين طلق وعدة الباقيات على الوجهين، وإن طلق الجميع أقرع بينهن، فإذا وقعت القرعة على أربع منهن كن المختارات ووقع طلاقه بهن وانفسخ نكاح البواقي، فإن كان الطلاق ثلاثاً فمتى انقضت عدتهن فله أن ينكح من الباقيات لأنهن لم يطلقن منه، ولا تحل له المطلقات إلا بعد زوج وإصابة، ولو أسلم ثم طلق الجميع قبل إسلامهن ثم أسلمن في العدة أمر أن يختار أربعاً منهن فإذا اختارهن تبينا أن طلاقه وقع بهن لأنهن زوجات ويتعددن من حين طلاقه وبان البواقي باختياره لغيرهن ولا يقع بهن طلاقه وله نكاح أربع منهن إذا انقضت عدة المطلقات لأن هؤلاء غير مطلقات والفرق بين هذه وبين التي قبلها أن طلاقهن قبل إسلامهن في زمن ليس له الاختيار فيه، فإذا أسلمن تجدد له الاختيار حينئذ وفي التي قبلها يطلقن وله الاختيار والطلاق يصلح اختياراً وقد أوقعه في الجميع وليس بعضهم أولى من بعض فصرنا إلى القرعة لتساوي الحقوق.

فصل: وإذا أسلم قبلهن وقلنا بتعجيل الفرقة باختلاف الدين فلا كلام، وإن قلنا يقف على انقضاء العدة ولم يسلمن حتى انقضت عدتهن تبينا أنهن بنَّ منذ اختلف الدينان فإن كان قد طلقهن قبل انقضاء عدتهن تبينا أن طلاقه يقع بهن وله نكاح أربع منهن إذا أسلمن وإن كان وطئهن تبينا أنه وطىء غير نسائه وإن لاعنهن أو ظاهر أو قذف تبينا أن ذلك كان في غير زوجته، وحكمه حكم ما لو خاطب بذلك أجنبية فإن أسلم بعضهن في

العدة تبينا أنها زوجته فوقع الطلاق بها وكان وطؤه لها وطأً لمطلقته وإن كانت المطلقة غيرها فوطؤه لها وطء لامرأته. وكذلك إن كان وطؤه لها قبل طلاقها، وإن طلق الجميع فأسلم أربع نسوة منهن أو أقل في عدتهن ولم تسلم البواقي لعينت الزوجية في المسلمات ووقع الطلاق بهن فإذا أسلم البواقي فله أن يتزوج بهن لأنه لم يقع طلاقه بهن.

فصل: وإذا أسلم وتحته ثمان نسوة فأسلم أربع منهن فله اختيارهن وله الوقوف إلى أن يسلم البواقي، فإن مات اللاتي أسلمن ثم أسلم الباقيات فله اختيار الميتات وله اختيار الباقيات وله اختيار بعض هؤلاء وبعض هؤلاء لأن الاختيار ليس بعقد وإنما هو تصحيح للعقد الأول فيهن والاعتبار في الاختيار بحال ثبوته وحال ثبوته كن أحياء، وإن أسلمت واحدة منهن فقال: اخترتها جاز فإذا اختار أربعاً على هذا الوجه انفسخ نكاح البواقي وإن قال للمسلمة اخترت فسخ نكاحها لم يصح لأن الفسخ إنما يكون فيما زاد على الأربع والاختيار للأربع وهذه من جملة الأربع إلا أن يريد بالفسخ الطلاق فيقع لأنه كناية ويكون طلاقه لها اختياراً لها، وإن قال: اخترت فلانة قبل أن تسلم لم يصح، لأنه ليس بوقت للاختيار لأنها جارية إلى بينونة فلا يصح إمساكها، وإن فسخ نكاحها لم ينفسخ لأنه لما لم يجز الاختيار لم يجز الفسخ. وإن نوى بالفسخ الطلاق أو قال: أنت طالق فهو موقوف، فإن أسلمت ولم يسلم زيادة على أربع أو أسلم زيادة فاختارها تبينا وقوع الطلاق بها وإلا فلا.

فصل: وإن قال: كلما أسلمت واحدة اخترتها لم يصح. لأن الاختيار لا يصح تعليقه على شرط ولا يصح في غير معنى. وإن قال: كلما أسلمت واحدة اخترت فسخ نكاحها لم يصح أيضاً. لأن الفسخ لا يتعلق بالشرط ولا يملكه في واحدة حتى يزيد عدد المسلمات على الأربع، وإن أراد به الطلاق فهو كما لو قال: كلما أسلمت واحدة فهي طالق، وفي ذلك وجهان: **أحدهما**: يصح، لأن الطلاق يصح تعليقه بالشرط ويتضمن الاختيار لها، فكلما أسلمت واحدة كان اختياراً لها وتطلق بطلاقه. **والثاني**: لا يصح لأن الطلاق يتضمن الاختيار والاختيار لا يصح تعليقه بالشرط.

فصل: وإذا أسلم ثم أحرم بحج أو عمرة ثم أسلمن فله الاختيار لأن الاختيار استدامة النكاح وتعيين المنكوحة فليس ابتداء له. وقال القاضي ليس له الاختيار وهو ظاهر مذهب الشافعي.

ولنا: إنه استدامة نكاح لا يشترط له رضاء المرأة، ولا ولي ولا شهود ولا يتجدد به مهر فجاز له في الإحرام كالرجعة.

فصل: وإذا أسلمن معه ثم متن قبل اختياره فله أن يختار منهن أربعاً فيكون له ميراثهن ولا يرث الباقيات لأنهن لسن بزوجات له: وإن مات بعضهن فله الاختيار من

الأحياء وله الاختيار من الميتات، وكذلك لو أسلم بعضهن فمتن ثم أسلم البواقي فله الاختيار من الجميع، فإن اختار الميتات فله ميراثهن لأنهن متن وهن نساؤه وإن اختار غيرهن فلا ميراث له منهن لأنهن أجنبيات، وإن لم يسلم البواقي لزم النكاح في الميتات وله ميراثهن، وإن وطيء الجميع قبل إسلامهن ثم أسلمن فاختار أربعاً منهن فليس لهن إلا المسمى لأنهن زوجات، ولسائرهن المسمى بالعقد الأول ومهر المثل للوطء الثاني لأنهن أجنبيات وإن وطئهن بعد إسلامهن فالموطوءات أولاهن المختارات والبواقي أجنبيات والحكم في المهر على ما ذكرناه.

مسألة: قال: (ولو أسلم وتحته أختان اختار منهما واحدة).

هذا قول الحسن والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبي عبيد، وقال أبو حنيفة في هذه كقوله في عشر نسوة.

ولنا: ما روى الضحاك بن فيروز عن أبيه قال: «قلت يا رسول الله، إني أسلمت وتحتي أختان؟ قال: طلق أيتهما شئت» رواه أبو داود وابن ماجة وغيرهما، ولأن أنكحة الكفار صحيحة وإنما حرم الجمع في الإسلام وقد أزاله فصح، كما لو طلق إحداهما قبل إسلامه ثم أسلم والأخرى في حباله، وهكذا الحكم في المرأة وعمتها أو خالتها لأن المعنى في الجميع واحد.

فصل: ولو تزوج وثنية فأسلمت قبله ثم تزوج في شركة أختها ثم أسلما في عدة الأولى فله أن يختار منهما لأنه أسلم وتحته أختان مسلمتان، وإن أسلم هو قبلها لم يكن له أن يتزوج أختها في عدتها ولا أربعاً سواها، فإن فعل لم يصح النكاح الثاني وإذا أسلمت الأولى في عدتها فنكاحها لازم لأنها انفردت به.

فصل: وإن تزوج أختين ودخل بهما ثم أسلم وأسلمتا معه فاختار إحداهما لم يطأها حتى تنقضي عدة أختها لئلا يكون واطئاً لأحد الأختين في عدة الأخرى، وكذلك إذا أسلم وتحته أكثر من أربع قد دخل بهن فأسلمن معه وكن ثمانياً فاختار أربعاً منهن وفارق أربعاً لم يطأ واحدة من المختارات حتى تنقضي عدة المفارقات لئلا يكون واطئاً لأكثر من أربع، فإن كن خمساً ففارق إحداهن فله وطء ثلاث من المختارات ولا يطأ الرابعة حتى تنقضي عدة المفارقة، فإن كن ستاً ففارق اثنتين فله وطء اثنتين من المختارات. فإن كن سبعاً ففارق ثلاثاً فله وطء واحدة من المختارات ولا يطأ الباقيات حتى تنقضي عدة المفارقات، فكلما انقضت عدة واحدة من المفارقات فله وطء واحدة من المختارات هذا قياس المذهب.

فصل: وإذا تزوج أختين في حال كفره فأسلم وأسلمتا معاً قبل الدخول فاختار إحداهما فلا مهر للأخرى لأننا تبينا أن الفرقة وقعت بإسلامهم جميعاً فلا تستحق مهراً كما

لو فسخ النكاح لعيب في إحداهما ولأنه نكاح لا يقر عليه في الإسلام فلا يجب به مهر إذا لم يدخل بها كما لو تزوج المجوسي أخته ثم أسلما قبل الدخول، وهكذا الحكم فيما زاد على الأربع إذا أسلموا جميعاً قبل الدخول فاختار أربعاً وانفسخ نكاح البواقي فلا مهر لهن لما ذكرنا والله أعلم.

مسألة: قال: (وإن كانتا أماً وبنتاً فأسلم وأسلمتا معاً قبل الدخول فسد نكاح الأم وإن كان دخل بالأم فسد نكاحهما).

الكلام في هذه المسألة في فصلين. **أحدهما**: إذا كان إسلامهم جميعاً قبل الدخول فإنه يفسد نكاح الأم ويثبت نكاح البنت. وهذا أحد قولي الشافعي واختيار المزني، وقال في الآخر يختار أيتهما شاء لأن عقد الشرك إنما يثبت له حكم الصحة إذا انضم إليه الاختيار، فإذا اختار الأم فكأنه لم يعقد على البنت.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] وهذه أم زوجته فتدخل في عموم الآية، ولأنها أم زوجته فتحرم عليه كما لو طلق ابنتها في حال شركه، ولأنه لو تزوج البنت وحدها ثم طلقها حرمت عليه أمها، إذا أسلم فإذا لم يطلقها وتمسك بنكاحها أولى، وقولهم إنما يصح العقد بانضمام الاختيار إليه غير صحيح فإن أنكحة الكفار صحيحة ثبت لها أحكام الصحة، وكذلك لو انفردت كان نكاحها صحيحاً لازماً من غير اختيار. ولهذا فوض إليه الاختيار ها هنا. ولا يصح أن يختار من ليس نكاحها صحيحاً وإنما اختصت الأم بفساد نكاحها لأنها تحرم بمجرد العقد على ابنتها على التأبيد فلم يمكن اختيارها والبنت لا تحرم قبل الدخول بأمها فتعين النكاح فيها بخلاف الأختين.

الفصل الثاني: إذا دخل بهما حرمتا على التأبيد، الأم لأنها أم زوجته والبنت لأنها ربيبته من زوجته التي دخل بها، قال ابن المنذر: أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم. وهذا قول الحسن وعمر بن عبد العزيز وقتادة ومالك وأهل الحجاز والثوري وأهل العراق والشافعي ومن تبعهم، وإن دخل بالأم وحدها فكذلك أن البنت تكون ربيبته مدخولاً بأمها والأم حرمت بمجرد العقد على ابنتها وإن دخل بالبنت وحدها ثبت نكاحها وفسد نكاح أمها كما لو لم يدخل بها: ولو لم تسلم معه إلا إحداهما كان الحكم كما لو أسلمتا معه معاً، فإن كانت المسلمة هي الأم فهي محرمة عليه على كل حال، وإن كانت البنت ولم يكن دخل بأمها ثبت نكاحها وإن كان دخل بأمها فهي محرمة على التأبيد، ولو أسلم وله جاريتان إحداهما أم الأخرى وقد وطئهما جميعاً حرمتا عليه على التأبيد وإن كان قد وطىء إحداهما حرمت الأخرى على التأبيد ولم تحرم الموطوءة وإن كان لم يطأ واحدة فله وطء أيتهما شاء فإذا وطئها حرمت الأخرى على التأبيد والله أعلم.

مسألة: قال: (ولو أسلم عبد وتحته زوجتان قد دخل بهما فأسلمتا في العدة فهما زوجتاه ولو كن أكثر اختار منهن اثنتين).

وجملة ذلك: أن حكم العبد فيما زاد على الاثنتين حكم الحر فيما زاد على أربع فإذا أسلم وتحته زوجتان فأسلمتا معه أو في عدتهما لزم نكاحهما حرتين كانتا أو أمتين أو حرة وأمة لأنه له الجمع بينهما في ابتداء نكاحه فكذلك في اختياره، وإن كن أكثر اختار منهن اثنتين أيتهن شاء على ما مضى في الحر فلو كان تحته حرتان وأمتان فله أن يختار الحرتين أو الأمتين أو حرة وأمة وليس للحرة إذا أسلمت معه الخيار في فراقه لأنها رضيت بنكاحه وهو عبد ولم يتجدد رقه بالإسلام ولا تجددت حريتها بذلك فلم يكن لها خيار كما لو تزوجت معيباً تعلم عيبه ثم أسلما. وذكر القاضي وجهاً: أن لها الخيار لأن الرق عيب تجددت أحكامه بالإسلام فكأنه عيب حادث والأول أصح فإن الرق لم يزل عيباً ونقصاً عند العقلاء ولم يتجدد نقصه بالإسلام فهو كسائر العيوب.

فصل: وإن أسلم وتحته أربع حرائر فأعتق ثم أسلمن في عدتهن أو أسلمن قبله ثم أعتق ثم أسلم لزمه نكاح الأربع لأنه ممن يجوز له الأربع في وقت اجتماع إسلامهم فإنه حر، فأما إن أسلموا كلهم ثم أعتق قبل أن يختار لم يكن له أن يختار إلا اثنتين لأنه كان عبداً حين ثبت له الاختيار وهو حال اجتماعهم على الإسلام، فتغير حاله بعد ذلك لا يغير الحكم كمن أسلم وتحته إماء فأسلمن معه ثم أيسر ولو أسلم ومعه اثنتان ثم أعتق ثم أسلم الباقيات لم يجز إلا اثنتين لأنه ثبت له الخيار بإسلام الأولتين.

فصل: وإن تزوج أربعاً فأسلمن وأعتقن قبل إسلامه فلهن فسخ النكاح لأنهن عتقن تحت عبد وإنما ملكن الفسخ وإن كن جاريات إلى بينونة لأنه قد يسلم فيقطع جريانهن إلى البينونة فإذا فسخن ولم يسلم الزوج بنَّ باختلاف الدين من حين أسلمن، وإن أسلم في العدة بنَّ لفسخ النكاح وعليهن عدة الحرائر في الموضعين لأنهن ها هنا وجبت عليهن العدة وهن حرائر وفي التي قبلها عتقن في أثناء العدة التي يمكن الزوج تلافي النكاح فيها وأشبهن الرجعية فإن أخرن الفسخ حتى أسلم الزوج لم يسقط بذلك حقهن من الفسخ لأن تركهن للفسخ اعتماد على جريانهن لبينونة فلم يتضمن الرضى بالنكاح كالرجعية إذا أعتقت وأخرت الفسخ ولو أسلم قبلهن ثم أعتقن فاخترن الفسخ صح لأنهن إماء عتقن تحت عبده وهذا ظاهر مذهب الشافعي، وقال بعضهم لا خيار لهنَّ لأنه لا حاجة بهن إلى الفسخ لكونه يحصل بإقامتهن على الشرك بخلاف التي قبلها وليس بصحيح فإن السبب متحقق وقد يبدو لهن الإسلام وهو واجب عليهن، فإن قيل: فإذا أسلمن اخترن الفسخ قلنا: يتضررن بطول العدة فإن ابتداءها من حين الفسخ ولذلك ملكن الفسخ فيما إذا أسلمن وعتقن قبله.

فأما إن اخترن المقام وقلن قد رضينا بالزوج فذكر القاضي أنه يسقط خيارهن لأنها حالة يصح فيها اختيار الفسخ فصح فيها اختيار الإقامة كحالة اجتماعهم على الإسلام، وقال أصحاب الشافعي لا يسقط خيارهن لأن اختيارهن للإقامة ضد للحالة التي هن عليها وهي جريانهن إلى البينونة فلم يصح كما لو ارتدت الرجعية فراجعها الزوج حال ردتها وهذا يبطل بما إذا قال إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ثم عتقت فاختارت زوجها.

فصل: وإذا أسلم الحر وتحته إماء فأعتقت إحداهن ثم أسلمت ثم أسلم البواقي لم يكن له أن يختار من الإماء لأنه مالك لعصمة حرة حين اجتماعها على الإسلام وإن أسلمت إحداهن معه ثم أعتقت ثم أسلم البواقي فله أن يختار من الإماء لأن العبرة بحال الاختيار وهي حالة اجتماعهم على الإسلام وحالة اجتماعهما على الإسلام كانت أمة.

فصل: ولو أسلم وتحته أربع إماء وهو عادم للطول خائف للعنت فأسلمن معه فله أن يختار منهن واحدة، فإن كانت لا تعفه فله أن يختار منهن من تعفه في إحدى الروايتين، والأخرى لا يختار إلا واحدة وهذا مذهب للشافعي وتوجيههما قد مضى في ابتداء نكاح الإماء، وإن عَدم فيه الشرطان انفسخ النكاح في الكل ولم يكن له خيار، وبهذا قال الشافعي وقال أبو ثور له أن يختار منهن لأنه استدامة للعقد لا ابتداء له بدليل أنه لا يشترط له شروط العقد. فأشبه الرجعة.

ولنا: إن هذه امرأة لا يجوز ابتداء العقد عليها حال الإسلام فلم يملك اختيارها كالمعتدة من غيره وكذوات محارمه، وأما الرجعة فهي قطع جريان النكاح إلى البينونة، وهذا إثبات النكاح في امرأة وإن كان دخل بهن ثم أسلم ثم أسلمن في عدتهن فالحكم كذلك، وقال أبو بكر لا يجوز له ها هنا اختيار بل يبن بمجرد إسلامه لئلا يفضي إلى استدامة نكاح مسلم في أمة كافرة.

ولنا: إن إسلامهن في العدة بمنزلة إسلامهن معه، ولهذا لو كن حرائر مجوسيات أو وثنيات فأسلمن في عدتهن كان ذلك كإسلامهن معه، وإن لم يسلمن حتى انقضت عدتهن انفسخ نكاحهن، سواء كن كتابيات أو غير كتابيات. لأنه لا يجوز له استدامة النكاح في أمة كتابية.

فصل: ولو أسلم وهو واجد للطول فلم يسلمن حتى أعسر ثم أسلمن فله أن يختار منهن لأن شرائط النكاح تعتبر في وقت الاختيار. وهو وقت اجتماعهم على الإسلام وهو حينئذ عادم للطول خائف للعنت فكان له الاختيار، وإن أسلم وهو معسر فلم يسلمن حتى أيسر لم يكن له الاختيار لذلك. وإن أسلمت واحدة منهن وهو موسر ثم أسلم البواقي بعد إعساره لم يكن له أن يختار منهن شيئاً لأن وقت الاختيار دخل بإسلام الأولى ألا ترى أنه لو

كان معسراً كان له اختيارها فإذا كان موسراً بطل اختياره وإن أسلمت الأولى وهو معسر فلم تسلم البواقي حتى أيسر لزم نكاح الأولى ولم يكن له الاختيار من البواقي لأن الأولى اجتمعت معه في حالة يجوز له ابتداء نكاحها بخلاف البواقي ولو أسلم وأسلمن معه وهو معسر فلم يختر حتى أيسر كان له أن يختار لأن حال ثبوت الاختيار كان له ذلك فبغير حال لا يسقط ما ثبت له كما لو تزوج أو اختار ثم أيسر لم يحرم عليه استدامة النكاح.

فصل: فإن أسلم وأسلمت معه واحدة منهن وهو ممن يجوز له نكاح الإماء فله أن يختار من أسلمت معه لأن له أن يختارها لو أسلمن كلهن فكذلك إذا أسلمت وحدها، وإن أحب انتظار البواقي جاز لأن له غرضاً صحيحاً وهو أن يكون منهن من هي أبر عنده من هذه فإن انتظرهن فلم يسلمن حتى انقضت عدتهن تبين أن نكاح هذه كان لازماً وبأن البواقي منذ اختلف الدينان، وإن أسلمن في العدة اختار منهن واحدة وانفسخ نكاح الباقيات من حين الاختيار، وعددهن من حين الاختيار، وإن أسلم بعضهن دون بعض بان اللائي لم يسلمن منذ اختلف الدينان والبواقي من حين اختيار، وإن اختار التي أسلمت معه حين أسلمت، انقضت عصمة البواقي وثبت نكاحها، فإن أسلم البواقي في العدة تبين أنهن بن منه باختياره وعدتهن من حينئذ، وإن لم يسلمن بن باختلاف الدين وعدتهن منه، وإن طلق التي أسلمت معه طلقت وكان اختياراً لها، وحكم ذلك حكم ما لو اختارها صريحاً لأن إيقاع طلاقه عليها يتضمن اختيارها، فأما إن اختار فسخ نكاحها لم يكن له، لأن الباقيات لم يسلمن معه، فما زاد العدد على ما له إمساكه في هذه الحال، ولا ينفسخ النكاح ثم ننظر، فإن لم يسلم البواقي لزمه نكاحها، وإن أسلمن فاختار منهن واحدة انفسخ نكاح البواقي، والأولى معهن وإن اختار الأولى التي فسخ نكاحها، صح اختياره لها لأن فسخه لنكاحها لم يصح، وفيه وجه آخر ذكره القاضي: أنه لا يصح اختياره لها لأن فسخه لنكاحها إنما لم يصح مع إقامة البواقي على الكفر حتى تنقضي العدة لأننا نتبين أن نكاحها كان لازماً، فإذا أسلمن لحق إسلامهن بتلك الحال وصار كأنهن أسلمن في ذلك الوقت، فإذا فسخ نكاح إحداهن صح الفسخ ولم يكن له أن يختارها، وهذا يبطل بما لو فسخ نكاح إحداهن قبل إسلامها فإنه لا يصح ولا يجعل إسلامهن الموجود في الثاني كالموجود سابقاً، كذلك ها هنا.

فصل: فإن أسلم وتحته إماء وحرة، ففيه ثلاث مسائل: إحداهن: أسلم وأسلمن معه كلهن فإنه يلزم نكاح الحرة وينفسخ نكاح الإماء لأنه قادر على الحرة فلا يختار أمة. وقال أبو ثور له أن يختار. وقد مضى الكلام معه. الثانية: أسلمت الحرة معه دون الإماء فقد ثبت نكاحها وانقطعت عصمة الإماء فإن لم يسلمن حتى انقضت عدتهن بن باختلاف الدين وابتداء عدتهن من حين أسلم، وإن أسلمن في عددهن بن من حين إسلام الحرة وعددهن من

حين إسلامها، فإن ماتت الحرة بعد إسلامها لم يتغير الحكم بموتها لأن موتها بعد ثبوت نكاحها وانفساخ نكاح الإماء لا يؤثر في إباحتهن. **الثالثة**: أسلم الإماء دون الحرة وهو معسر فلا يخلو إما أن تنقضي عدتها قبل إسلامها فتبين باختلاف الدين وله أن يختار من الإماء لأنه لم يقدر على الحرة أن يسلم في عدتها فيثبت نكاحها ويبطل نكاح الإماء كما لو أسلمن دفعة واحدة وليس له أن يختار من الإماء قبل إسلامها وانقضاء عدتها لأننا لا نعلم أنها لا تسلم فإن طلق الحرة ثلاثاً قبل إسلامها ثم لم تسلم لم يقطع الطلاق لأنا تبينا أن النكاح انفسخ باختلاف الدين وله الاختيار من الإماء وإن أسلمت في عدتها بان أن نكاحها كان ثابتاً وأن الطلاق وقع فيه والإماء بن بثبوت نكاحها قبل الطلاق.

فصل: وإن أسلم وتحته إماء وحرة فأسلمن ثم عتقن قبل إسلامها لم يكن له أن يختار منهن لأن نكاح الأمة لا يجوز لقادر على حرة وإنما يعتبر حالهن حال ثبوت الاختيار وهو حالة اجتماع إسلامه وإسلامهن ثم ننظر فإن لم تسلم الحرة فله الاختيار منهن فلا يختار إلا واحدة اعتباراً لحالة اجتماع إسلامه وإسلامهن وإن أسلمت في عدتها ثبت نكاحها وانقطعت عصمتهن فإن كان قد اختار واحدة من المعتقات في عدة الحرة لم تسلم فلا عبرة باختياره وله أن يختار غيرها لأن الاختيار لا يكون موقوفاً. فأما إن عتقن قبل أن يسلمن ثم أسلمن واجتمعن معه على الإسلام وهن حرائر فإن كان جميع الزوجات أربعاً فما دون ثبت نكاحهن وإن كن زائدات على أربع فله أن يختار منهن أربعاً وتبطل عصمة الخامسة لأنهن صرن حرائر في حالة الاختيار وهي حالة اجتماع إسلامه وإسلامهن فصار حكمهن حكم الحرائر الأصليات وكما لو أعتقن قبل إسلامه وإسلامهن ولو أسلمن قبله ثم أعتقن ثم أسلم فكذلك ويكون الحكم في هذا كما لو أسلم وتحته خمس حرائر أو أكثر على ما مر تفصيله.

فصل: ولو أسلم وتحته خمس حرائر فأسلم معه منهن اثنتان احتمل أن يجبر على اختيار إحداهما، لأنه لا بد أن يلزمه نكاح واحدة منهما فلا معنى لانتظار البواقي فإذا اختار واحدة ولم يسلم البواقي لزمه نكاح الثانية، وكذلك إن لم يسلم من البواقي إلا اثنتان لزمه نكاح الأربع وإن أسلم الجميع في العدة كلف أن يختار ثلاثاً مع التي اختارها أولاً وينفسخ نكاح الباقية، وعلى هذا لو أسلم معه ثلاث كلف اختيار اثنتين، وإن أسلم معه أربع كلف اختيار ثلاث منهن، إذ لا معنى لانتظاره الخامسة ونكاح ثلاث منهن لازم له على كل حال، ويحتمل أن لا يجبر على الاختيار لأنه إنما يكون عند زيادة العدد على أربع وما وجد ذلك. وكذلك لو أسلمت معه واحدة من الإماء لم يجبر على اختيارها كذا ها هنا والصحيح ها هنا أن يجبر على اختيارها لما ذكرنا من المعنى وأما الأمة فقد يكون له غرض في اختيار غيرها بخلاف مسألتنا.

مسألة: قال: (وإذا تزوجها وهما كتابيان فأسلم قبل الدخول أو بعده فهي زوجته وإن كانت هي المسلمة قبله وقبل الدخول انفسخ النكاح ولا مهر لها).

وجملة ذلك أنه إذا أسلم زوج الكتابية قبل الدخول أو بعده أو أسلما معاً فالنكاح باق بحاله سواء كان زوجها كتابياً أو غير كتابي لأن للمسلم أن يبتدىء نكاح كتابية فاستدامته أولى ولا خلاف في هذا بين القائلين بإجازة نكاح الكتابية، فأما إن أسلمت الكتابية قبله وقبل الدخول تعجلت الفرقة سواء كان زوجها كتابياً أو غير كتابي إذ لا يجوز لكافر نكاح مسلمة. قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم. وإن كان إسلامها بعد الدخول فالحكم فيه كالحكم فيما لو أسلم أحد الزوجين الوثنيين على ما تقدم. فإذا كانت هي المسلمة قبل الدخول فلا مهر لها لأن الفسخ منها. وقد مضى الكلام في هذا أيضاً بما فيه كفاية.

فصل: وإذا تزوج المجوسي كتابية ثم ترافعا إلينا قبل الإسلام فرق بينهما قال أحمد في مجوسي تزوج كتابية يحال بينه وبينها. قيل: من يحول بينه وبين ذلك؟ قال الإمام. ويحتمل هذا الكلام أن يحال بينهما وإن لم يترافعا إلينا. لأنها أعلى ديناً منه فيمنع نكاحها كما يمنع الذمي نكاح المسلمة وإن تزوج الذمي وثنية أو مجوسية ثم ترافعوا إلينا ففيه وجهان: **أحدهما:** يقر على نكاحها لأنها ليست أعلى ديناً منه فيقر على نكاحها كما يقر المسلم على نكاح الكتابية. **والثاني:** لا يقر على نكاحها لأنها ممن لا يقر المسلم على نكاحها فلا يقر الذمي على نكاحها كالمرتدة.

مسألة: قال: (وما سمى لها وهما كافران فقبضته ثم أسلما فليس لها غيره وإن كان حراماً ولو لم تقبضه وهو حرام فلها عليه مهر مثلها أو نصفه حيث أوجب ذلك).

وجملته: أن الكفار إذا أسلموا وتحاكموا إلينا بعد العقد والقبض لم نتعرض إلى ما فعلوه وما قبضت من المهر فقد نفذ وليس لها غيره حلالاً كان أو حراماً بدليل قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا ٱلَّذِينَ آمَنُوا ٱتَّقُوا ٱللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ ٱلرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٨] فأمر بترك ما بقي دون ما قبض وقال تعالى: ﴿فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَٱنْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى ٱللَّهِ﴾ [البقرة: ٢٧٥] ولأن التعرض للمقبوض بإبطاله يشق لتطاول الزمان وكثرة تصرفاتهم في الحرام ففيه تنفيرهم عن الإسلام فعفي عنه كما عفي عما تركوه من الفرائض والواجبات، ولأنهما تقابضا بحكم الشرك فبرئت ذمة من هو عليه منه كما لو تبايعا بيعاً فاسداً وتقابضا. وإن لم يتقابضا فإن كان المسمى حلالاً وجب ما سمياه لأنه مسمى صحيح في نكاح صحيح فوجب كتسمية المسلم وإن كان حراماً كالخمر والخنزير بطل ولم يحكم به لأن ما سمياه لا يجوز إيجابه في الحكم ولا يجوز أن يكون صداقاً لمسلمة ولا في نكاح مسلم ويجب مهر المثل إن

كان بعد الدخول، ونصفه إن وقعت الفرقة قبل الدخول وهذا معنى قوله حيث أوجب ذلك وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف. وقال أبو حنيفة إن كان صداقها خمراً أو خنزيراً معينين فليس لها إلا ذلك، وإن كانا غير معينين فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل استحساناً.

ولنا: إن الخمر لا قيمة لها في الإسلام، فكان الواجب مهر المثل كما لو أصدقها خنزيراً ولأنه محرم فأشبه ما ذكرنا.

فصل: وإن قبضت بعض الحرام دون بعض سقط من المهر بقدر ما قبض ووجب بحصة ما بقي من مهر المثل، فإن كان الصداق عشرة زقاق خمر متساوية فقبلت خمساً منها سقط نصف المهر ووجب لها نصف مهر المثل وإن كانت مختلفة اعتبر ذلك بالكيل في أحد الوجهين. لأنه إذا وجب اعتباره اعتبر بالكيل فيما له مثل يتأتى الكيل فيه.

والثاني: يقسم على عددها. لأنه لا قيمة لها فاستوى صغيرها وكبيرها، وإن أصدقها عشرة خنازير ففيه الوجهان. **أحدهما:** يقسم على عددها لما ذكرنا. **والثاني:** يعتبر قيمتها كأنها مما يجوز بيعه كما تقوم شجاج الحر كأنه عبد، وإن أصدقها كلباً وخنزيراً وثلاثة زقاق ففيه ثلاثة أوجه. **أحدها:** يقسم على قدر قيمتها عندهم. **والثاني:** يقسم على عدد الأجناس فيجعل لكل جنس ثلث المهر، **والثالث:** يقسم على العدد كله فلكل واحد سدس المهر فللكلب سدسه ولكل واحد من الخنزيرين والزقاق سدسه ومذهب الشافعي فيه على نحو من هذا.

فصل: فإن نكحها نكاحاً فاسداً وهو ما لا يقرون عليه إذا أسلموا كنكاح ذوات الرحم المحرم فأسلما قبل الدخول أو ترافعوا إلينا فرق بينهما ولا مهر لها، قال أحمد في المجوسية تكون تحت أخيها أو أبيها فيطلقها أو يموت عنها فترفع إلى المسلمين بطلب مهرها لا مهر لها. وذلك لأنه نكاح باطل من أصله لا يقر عليه في الإسلام وحصل فيه الفرقة قبل الدخول، فأما إن دخل بها فهل يجب لها مهر المثل؟ يخرج على الروايتين في المسلم إذا وطىء امرأة من محارمه بشبهة.

فصل: إذا تزوج ذمي ذمية على أن لا صداق لها أو سكت عن ذكره. فلها المطالبة بفرضه إن كان قبل الدخول، وإن كان بعده فلها مهر المثل كما في نكاح المسلمين وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة: إن تزوجها على أن لا مهر لها فلا شيء لها وإن سكت عن ذكره ففيه روايتان. **إحداهما:** لا مهر لها، **والأخرى:** لها المثل، واحتج بأن المهر يجب لحق الله وحقها. وقد أسقطت حقها والذمي لا يطالب بحق الله تعالى.

ولنا: إن هذا نكاح خلا عن تسمية فيجب للمرأة فيه مهر المثل كالمسلمة وإنما وجب

المهر في حق المفوضة لئلا تصير كالموهوبة والمباحة. وهذا يوجد في حق الذمي.

فصل: إذا ارتفعوا إلى الحاكم في ابتداء العقد لم يزوجهم إلا بشروط نكاح المسلمين لقول الله عز وجل: ﴿وَإِنْ حَكَمْتَ فَٱحْكُم بَيْنَهُم بِٱلْقِسْطِ﴾ [المائدة: ٤٢] وقوله: ﴿وَأَنِ ٱحْكُم بِمَا أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩] ولأنه لا حاجة إلى عقده بخلاف ذلك، وإن أسلموا وترافعوا إلينا بعد العقد لم نتعرض لكيفية عقدهم ونظرنا في الحال فإن كانت المرأة ممن يجوز عقد النكاح عليها ابتداء أقرهما، وإن كانت ممن لا يجوز ابتداء نكاحها كذوات محرمة فرق بينهما فإن تزوج معتدة وأسلما أو ترافعا في عدتها فرق بينهما. لأنه لا يجوز ابتداء نكاحها وإن كان بعد انقضائها أقر الجواز ابتداء نكاحها وإن كان بينهما نكاح متعة لم يقرا عليه لأنه إن كان بعد المدة فلم يبق بينهما نكاح فإن كان في المدة فهما لا يعتقدان تأبيده والنكاح عقد مؤبد إلا أن يكونا ممن يعتقد إفساد الشرط وصحة النكاح مؤبداً فيقران عليه، وإن كان بينهما نكاح شرطه فيه الخيار متى شاء أو شاء أحدهما لم يقرا عليه لأنهما لا يعتقدان لزومه إلا أن يعتقد إفساد الشرط وحده وإن كان خيار مدة فأسلما فيها لم يقرا لذلك وإن كان بعدها أقرا لأنهما يعتقدان لزومه وكل ما اعتقدوه فهو نكاح يقرون عليه وما لا فلا، فلو مهر حربي حربية فوطئها أو طاوعته ثم أسلما فإن كان ذلك في اعتقادهم نكاحاً أقرا عليه لأنه نكاح لهم فيمن يجوز ابتداء نكاحها فأقرا عليه كالنكاح بلا ولي وإن لم يعتقده نكاحاً لم يقرا عليه.

فصل: وأنكحة الكفار تتعلق بها أحكام النكاح الصحيح من وقوع الطلاق والظهار والإيلاء ووجوب المهر والقسم والإباحة للزوج الأول والإحصان. وغير ذلك وممن أجاز طلاق الكفار عطاء والشعبي والنخعي والزهري وحماد والثوري والأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ولم يجوزه الحسن وقتادة وربيعة ومالك.

ولنا: إنه طلاق من بالغ عاقل في نكاح صحيح فوقع كطلاق المسلم، فإن قيل لا نسلم صحة أنكحتهم. قلنا دليل ذلك أن الله تعالى أضاف النساء إليهم فقال: ﴿وَٱمْرَأَتُهُۥ حَمَّالَةَ ٱلْحَطَبِ﴾ [اللهب: ٤] وقال: ﴿وَٱمْرَأَتُ فِرْعَوْنَ﴾ [القصص: ٩] وحقيقة الإضافة تقتضي زوجية صحيحة، وقال النبي ﷺ: «ولدت من نكاح لا من سفاح» وإذا ثبت صحتها ثبتت أحكامها كأنكحة المسلمين، فعلى هذا إذا طلق الكافر ثلاثاً ثم تزوجها قبل زوج وأصابها ثم أسلما لم يقرا عليه. وإن طلق امرأته أقل من ثلاث ثم أسلما فهي عنده على ما بقي من طلاقها، وإن نكحها كتابي وأصابها حلت لمطلقها ثلاثاً سواء كان المطلق مسلماً أو كافراً، وإن ظاهر الذمي من امرأته ثم أسلما فعليه كفارة الظهار لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ [المجادلة: ٣] وإن آلى ثبت حكم الإيلاء لقوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾.

فصل: ويحرم عليهم في النكاح ما يحرم على المسلمين على ما ذكرنا في الباب قبله إلا أنهم يقرون على الأنكحة المحرمة بشرطين. أحدهما: أن لا يترافعوا إلينا. والثاني: أن يعتقدوا إباحة ذلك في دينهم لأن الله تعالى قال: ﴿فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئاً﴾ [المائدة: ٤٢] فدل هذا على أنهم يخلون وأحكامهم إذا لم يجيئوا إلينا ولأن النبي ﷺ أخذ الجزية من مجوس هجر. ولم يعترض عليهم في أحكامهم ولا في أنكحتهم مع علمه أنهم يستبيحون نكاح محارمهم، وقد روي عن أحمد في المجوسي تزوج نصرانياً قال: يحال بينه وبينها قيل من يحول بينهما؟ قال الإمام قال أبو بكر: لأن علينا ضرراً في ذلك يعني بتحريم أولاد النصرانية علينا وهكذا يجيء على قوله في تزويج النصراني المجوسية ويجيء على هذا القول أن يحال بينهم وبين نكاح محارمهم. فإن عمر رضي الله عنه كتب «أن فرقوا بين كل محرم من المجوس» وقال أحمد في مجوسي ملك أمة نصرانية: يحال بينه وبينها ويجبر على بيعها لأن النصارى لهم دين. فإن ملك نصراني مجوسية فلا بأس أن يطأها، وقال أبو بكر عبد العزيز لا يجوز له وطؤها أيضاً لما ذكرناه من الضرر.

مسألة: قال: (ولو تزوجها وهما مسلمان فارتدت قبل الدخول انفسخ النكاح ولا مهر لها، وإن كان هو المرتد قبلها وقبل الدخول فكذلك إلا أن عليه نصف المهر).

وجملة ذلك: أنه إذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح في قول عامة أهل العلم إلا أنه حكي عن داود أنه لا ينفسخ بالردة لأن الأصل بقاء النكاح.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾ [الممتحنة: ١٠] وقال تعالى: ﴿فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾ [الممتحنة: ١٠] ولأنه اختلاف دين يمنع الإصابة فأوجب فسخ النكاح كما لو أسلمت تحت كافر، ثم ينظر فإن كانت المرأة هي المرتدة فلا مهر لها لأن الفسخ من قبلها، وإن كان الرجل هو المرتد فعليه نصف المهر لأن الفسخ من جهته. فأشبه ما لو طلق، وإن كانت التسمية فاسدة فعليه نصف مهر المثل.

مسألة: قال: (وإن كانت ردتها بعد الدخول فلا نفقة لها، وإن تسلم حتى انقضت عدتها انفسخ نكاحها ولو كان هو المرتد فلم يعد إلى الإسلام حتى انقضت عدتها انفسخ النكاح منذ اختلف الدينان).

اختلفت الرواية عن أحمد فيما إذا ارتد أحد الزوجين بعد الدخول حسب اختلافها فيما إذا أسلم أحد الزوجين الكافرين ففي إحداهما تتعجل الفرقة وهو قول أبي حنيفة ومالك. وروي ذلك عن الحسن وعمر بن عبد العزيز والثوري وزفر وأبي ثور وابن المنذر

لأن ما أوجب فسخ النكاح استوى فيه ما قبل الدخول وبعده كالرضاع. **والثانية**: يقف على انقضاء العدة فإن أسلم المرتد قبل انقضائها فهما على النكاح، وإن لم يسلم حتى انقضت بانت منذ اختلف الدينان. وهذا مذهب الشافعي لأنه لفظ تقع به الفرقة، فإذا وجد الدخول جاز أن يقف على انقضاء العدة كالطلاق الرجعي أو اختلاف دين بعد الإصابة فلا يوجب فسخه في الحال كإسلام الحربية تحت الحربي، وقياسه على إسلام أحد الزوجين أقرب من قياسه على الرضاع، فأما النفقة فإن قلنا بتعجيل الفرقة فلا نفقة لها لأنها بائن منه. وإن قلنا يقف على انقضاء العدة وكانت المرأة المرتدة فلا نفقة لها لأنه لا سبيل للزوج إلى رجعتها وتلافي نكاحها فلم يكن لها نفقة كما بعد العدة وإن كان هو المرتد فعليه النفقة للعدة لأنه بسبيل من الاستمتاع بها بأن تسلم ويمكنه تلافي نكاحها فكانت النفقة واجبة عليه كزوج الرجعية.

فصل: فإن ارتد الزوجان معاً فحكمهما حكم ما لو ارتد أحدهما، إن كان قبل الدخول تعجلت الفرقة، وإن كان بعده فهل تتعجل أو يقف على انقضاء العدة؟ على روايتين وهذا مذهب الشافعي. قال أحمد في رواية ابن منصور إذا ارتدا معاً أو أحدهما ثم تابا أو تاب فهو أحق بها ما لم تنقض العدة. وقال أبو حنيفة لا ينفسخ النكاح استحساناً لأنه لم يختلف بهما الدين فأشبه ما لو أسلما.

ولنا: إنها ردة طارئة على النكاح فوجب أن يتعلق بها فسخه كما لو ارتد أحدهما ولأن كل ما زال عنه ملك المرتد إذا ارتد وحده زال إذا ارتد غيره معه كماله وما ذكروه يبطل بما إذا انتقل المسلم واليهودية إلى دين النصرانية فإن نكاحهما ينفسخ وقد انتقلا إلى دين واحد وأما إذا أسلما فقد انتقلا إلى دين الحق ويقران عليه بخلاف الردة.

فصل: وإذا ارتد أحد الزوجين أو ارتدا معاً منع وطأها، فإن وطئها في عدتها وقلنا إن الفرقة تعجلت فلها عليه مهر مثلها لهذا الوطء مع الذي يثبت عليه بالنكاح لأنه وطىء أجنبية فيكون عليه مهر مثلها، وإن قلنا إن الفرقة موقوفة على انقضاء العدة فإن أسلم المرتد منهما أو أسلما جميعاً في عدتها وكانت الردة منهما فلا مهر لها عليه بهذا الوطء لأنا تبينا أن النكاح لم يزل وأنه وطئها وهي زوجته. وإن ثبتا أو ثبت المرتد منهما على الردة حتى انقضت عدتها فلها عليه مهر المثل لهذا الوطء لأنه وطء في غير نكاح يشبه النكاح لأننا تبينا أن الفرقة وقعت منذ اختلف الدينان، وهذا الحكم فيما إذا أسلم أحد الزوجين بعد الدخول فوطئها في العدة قبل إسلام الآخر. فالحكم فيه مثل الحكم ها هنا لما ذكرنا من التعليل فيه.

فصل: وإذا أسلم أحد الزوجين ثم ارتد نظرت فإن لم يسلم الآخر في العدة تبينا أن وقوع الفرقة كان منذ اختلف الدينان وعدتها من حين أسلم المسلم منهما، وإن أسلم الآخر

منهما في العدة قبل ارتداد الأول اعتبر ابتداء العدة من حين ارتد لأن حكم اختلاف الدين بإسلام الأول زال بإسلام الثاني في العدة. ولو أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة فأسلمن معه ثم ارتد لم يكن له أن يختار منهن لأنه لا يجوز أن يبتدىء العقد عليهن في هذه الحال. وكذلك لو ارتددن دونه أو معه لم يكن له أن يختار منهن ذلك.

فصل: فإذا تزوج الكافر بمن لا يقر على نكاحه في الإسلام مثل أن جمع بين الأختين أو بين عشر نسوة أو نكح معتدة أو مرتدة ثم طلقها ثلاثاً ثم أسلما لم يكن له أن ينكحها لأننا أجرينا أحكامهم على الصحة فيما يعتقدونه في النكاح فكذلك في الطلاق، ولهذا جاز له امساك الثانية من الأختين والخامسة المعقود عليها آخراً.

مسألة: قال: (وإذا زوجه وليته على أن يزوجه الآخر وليته فلا نكاح بينهما وإن سموا مع ذلك صداقاً أيضاً).

هذا النكاح يسمى الشغار. فقيل إنما سمي شغاراً لقبحه تشبيهاً برفع الكلب رجله ليبول في القبح يقال شغر الكلب إذا رفع رجله ليبول، وحكي عن الأصمعي أنه قال: الشغار الرفع فكأن كل واحد منهما رفع رجله للآخر عما يريد، ولا تختلف الرواية عن أحمد في أن نكاح الشغار فاسد رواه عنه جماعة قال أحمد: وروي عن عمر وزيد بن ثابت أنهما فرقا فيه وهو قول مالك والشافعي، وحكي عن عطاء وعمرو بن دينار ومكحول والزهري والثوري أنه يصح وتفسد التسمية ويجب مهر المثل لأن الفساد من قبل المهر لا يوجب فساد العقد كما لو تزوج على خمر أو خنزير وهذا كذلك.

ولنا: ما روى ابن عمر: «أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار» متفق عليه، وروى أبو هريرة مثله أخرجه مسلم. وروى الأثرم بإسناده عن عمران بن حصين أن رسول الله ﷺ قال: «لا جَلَب ولا جَنَب ولا شغار في الإسلام» ولأنه جعل كل واحد من العقدين سلفاً في الآخر فلم يصح كما لو قال بعني ثوبك على أن أبيعك ثوبي. وقولهم: إن فساده من قبل التسمية. قلنا بل إفساده من جهة أنه وقفه على شرط فاسد أو لأنه شرط تمليك البضع لغير الزوج فإنه جعل تزويجه إياها مهراً للأخرى فكان ملكه إياه بشرط انتزاعه منه، إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يقول على أن صداق كل واحدة منهما بضع الأخرى أو لم يقل ذلك وقال الشافعي هو أن يقول ذلك ولا يسمي لكل واحدة صداقاً لما روى ابن عمر: «أن النبي ﷺ نهى عن الشغار أن يقول الرجل للرجل زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ويكون بضع كل واحدة منهما مهر الأخرى».

ولنا: ما روى ابن عمر: «أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه ابنته وليس بينهما صداق» هذا لفظ الحديث الصحيح المتفق عليه. وفي

حديث أبي هريرة «والشغار أن يقول الرجل للرجل زوجني ابنتك وأزوجك ابنتي أو زوجني أختك وأزوجك أختي» رواه مسلم وهذا يجب تقديمه لصحته وعلى أنه قد أمكن الجمع بينهما بأن يعمل بالجميع ويفسد النكاح بأي ذلك كان. ولأنه إذا شرط في نكاح إحداهما تزويج الأخرى فقد جعل بضع كل واحدة صداق الأخرى ففسد كما لو لفظ به، فأما إن سموا مع ذلك صداقاً فقال زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ومهر كل واحدة منهما مائة أو مهر ابنتي مائة ومهر ابنتك خمسون أو أقل أو أكثر فالمنصوص عن أحمد فيما وقفنا صحته. وهو قول الشافعي. لما تقدم من حديث ابن عمر. ولأنه قد سمى صداقاً فصح كما لو لم يشترط ذلك. وقال الخرقي: لا يصح لحديث أبي هريرة ولما روى أبو داود عن الأعرج «أن العباس بن عبيد الله بن العباس أنكح عبد الرحمن بن الحكم ابنته وأنكحه عبد الرحمن ابنته وكانا جعلا صداقاً فكتب معاوية إلى مروان فأمره أن يفرق بينهما وقال في كتابه: «هذا الشغار الذي نهى عنه رسول الله ﷺ» ولأنه شرط نكاح إحداهما لنكاح الأخرى فلم يصح كما لو لم يسميا صداقاً. يحققه أن عدم التسمية ليس بمفسد للعقد بدليل نكاح المفوضة فدل على أن المفسد هو الشرط وقد وجد ولأنه سلف في عقد فلم يصح كما لو قال بعتك ثوبي بعشرة على أن تبيعني ثوبك بعشرين، وهذا الاختلاف فيما إذا لم يصرح بالتشريك، فأما إذا قال زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ومهر كل واحدة منهما مائة وبضع الأخرى فالنكاح فاسد لأنه صرح بالتشريك فلم يصح العقد كما لو لم يذكر مسمى.

فصل: ومتى قلنا بصحة العقد إذا سميا صداقاً ففيه وجهان. أحدهما: تفسد التسمية. ويجب مهر المثل وهذا قول الشافعي لأن كل واحد منهما لم يرض بالمسمى إلا بشرط أن يزوج وليه صاحبه فينقص المهر لهذا الشرط وهو باطل فإذا احتجنا إلى ضمان النقص صار المسمى مجهولاً فبطل، والوجه الذي ذكره القاضي في الجامع أنه يجب المسمى لأنه ذكر قدراً معلوماً يصح أن يكون مهراً فصح كما لو قال زوجتك ابنتي على ألف على أن لي منها مائة والله أعلم.

فصل: وإن سمى لإحداهما مهراً دون الأخرى فقال أبو بكر يفسد النكاح فيهما لأنه فسد في إحداهما ففسد في الأخرى والأولى أنه يفسد في التي لم يسم لها صداقاً لأن نكاحها خلا من صداق سوى نكاح الأخرى ويكون في التي سمى لها صداقاً روايتان لأن فيه تسمية وشرطاً. فأشبه ما لو سمى لكل واحدة مهراً ذكره القاضي هكذا.

فصل: فإن قال زوجتك جاريتي هذه على أن تزوجني ابنتك وتكون رقبتها صداقاً لابنتك لم يصح تزويج الجارية في قياس المذهب لأنه لم يجعل لها صداقاً سوى تزويج ابنته، وإذا زوجه ابنته على أن يجعل رقبة الجارية صداقاً لها لأن الجارية تصلح أن تكون صداقاً،

وإن زوج عبده امرأة وجعل رقبته صداقاً لها لم يصح الصداق لأن ملك المرأة زوجها يمنع صحة النكاح فيفسد الصداق ويصح النكاح ويجب مهر المثل.

مسألة: قال رحمه الله تعالى: (ولا يجوز نكاح المتعة).

معنى نكاح المتعة أن يتزوج المرأة مدة مثل أن يقول زوجتك ابنتي شهراً أو سنة أو إلى انقضاء الموسم أو قدوم الحاج وشبهه سواء كانت المدة معلومة أو مجهولة فهذا نكاح باطل نص عليه أحمد فقال: نكاح المتعة حرام. وقال أبو بكر فيها رواية أخرى أنها مكروهة غير حرام لأن ابن منصور سأل أحمد عنها فقال: يجتنبها أحب إلي، قال فظاهر هذا الكراهة دون التحريم، وغير أبي بكر من أصحابنا يمنع هذا ويقول في المسألة رواية واحدة في تحريمها وهذا قول عامة الصحابة والفقهاء. وممن روي عنه تحريمها عمر وعلي وابن عمر وابن مسعود وابن الزبير، قال ابن عبد البر: وعلى تحريم المتعة مالك وأهل المدينة وأبو حنيفة في أهل الكوفة والأوزاعي في أهل الشام والليث في أهل مصر والشافعي وسائر أصحاب الآثار وقال زفر يصح النكاح ويبطل الشرط.

وحكي عن ابن عباس أنها جائزة وعليه أكثر أصحابه عطاء وطاوس، وبه قال ابن جريج وحكي ذلك عن أبي سعيد الخدري وجابر. وإليه ذهب الشيعة لأنه قد ثبت أن النبي ﷺ أذن فيها. وروي أن عمر قال: متعتان كانتا على عهد رسول الله ﷺ، أفأنهى عنهما وأعاقب عليهما؟ متعة النساء ومتعة الحج ولأنه عقد على منفعة فيكون مؤقتاً كالإجارة.

ولنا: ما روى الربيع بن سبرة أنه قال: «أشهد على أبي أنه حدث أن النبي ﷺ نهى عنه في حجة الوداع» وفي لفظ «أن رسول الله ﷺ حرم متعة النساء» رواه أبو داود. وفي لفظ رواه ابن ماجة «أن رسول الله ﷺ حرم المتعة فقال: «يا أيها الناس إني كنت أذنت لكم في الاستمتاع ألا وإن الله قد حرمها إلى يوم القيامة» وروي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه «أن رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن لحوم الحمر الأهلية» رواه مالك في الموطأ وأخرجه الأئمة النسائي وغيره. واختلف أهل العلم في الجمع بين هذين الخبرين فقال قوم في حديث علي تقديم وتأخير وتقديره أن النبي ﷺ نهى عن لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر ونهى عن متعة النساء ولم يذكر ميقات النهي عنها، وقد بينه الربيع بن سبرة في حديثه أنه كان في حجة الوداع حكاه الإمام أحمد عن قوم وذكره ابن عبد البر وقال الشافعي لا أعلم شيئاً أحله الله ثم حرمه ثم أحله ثم حرمه إلا المتعة فحمل الأمر على ظاهره وأن النبي ﷺ حرمها يوم خيبر ثم أباحها في حجة الوداع ثلاثة أيام ثم حرمها ولأنه لا تتعلق به أحكام النكاح من الطلاق والظهار واللعان والتوارث فكان باطلاً كسائر الأنكحة الباطلة، وأما

قول ابن عباس فقد حكي عنه الرجوع عنه وروى أبو بكر بإسناده عن سعيد بن جبير قال: قلت لابن عباس لقد كثرت القالة في المتعة حتى قال فيها الشاعر:

أقــول وقــد طــال الثـواء بنــا معــاً يا صاح هـل لك في فتيـا ابن عباس؟
هـل لك في رخصـة الأطـراف آنسـة تكـون مثـواك حتى مصـدر النـاس

فقام خطيباً وقال: «إن المتعة كالميتة والدم ولحم الخنزير» فأما إذن رسول الله ﷺ فيها فقد ثبت نسخه وأما حديث عمر ـ إن صح عنه ـ فالظاهر أنه إنما قصد الإخبار عن تحريم النبي ﷺ لها ونهيه عنها إذ لا يجوز أن ينهى عما كان النبي ﷺ أباحه وبقي على إباحته.

فصل: وإن تزوجها بغير شرط إلا أن في نيته طلاقها بعد شهر أو إذا انقضت حاجته في هذا البلد فالنكاح صحيح في قول عامة أهل العلم إلا الأوزاعي قال هو نكاح متعة والصحيح أنه لا بأس به ولا تضر نيته وليس على الرجل أن ينوي حبس امرأته وحسبه إن وافقته وإلا طلقها.

مسألة: قال: (ولو تزوجها على أن يطلقها في وقت بعينه لم ينعقد النكاح).

يعني إذا تزوجها بشرط أن يطلقها في وقت معين لم يصح النكاح سواء كان معلوماً أو مجهولاً مثل أن يشترط عليه طلاقها إن قدم أبوها أو أخوها، وقال أبو حنيفة: يصح النكاح ويبطل الشرط وهو أظهر قولي الشافعي قاله في عامة كتبه لأن النكاح وقع مطلقاً وإنما شرط على نفسه شرطاً وذلك لا يؤثر فيه كما لو شرط أن لا يتزوج عليها ولا يسافر بها.

ولنا: إن هذا شرط مانع من بقاء النكاح. فأشبه نكاح المتعة، ويفارق ما قاسوا عليه فإنه لم يشترط قطع النكاح.

مسألة: قال: (وكذلك إن شرط عليه أن يحلها لزوج كان قبله).

وجملته: أن نكاح المحلل حرام باطل في قول عامة أهل العلم منهم الحسن والنخعي وقتادة ومالك والليث والثوري وابن المبارك والشافعي وسواء قال زوجتكها إلى أن تطأها أو شرط أنه إذا أحلها فلا نكاح بينهما أو أنه إذا أحلها للأول طلقها، وحكي عن أبي حنيفة أنه يصح النكاح ويبطل الشرط، وقال الشافعي في الصورتين الأولتين: لا يصح، وفي الثانية على قولين.

ولنا: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لعن الله المحلل والمحلل له» رواه أبو داود وابن ماجة والترمذي وقال حديث حسن صحيح والعمل عليه عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ منهم عمر بن الخطاب وعثمان وعبد الله بن عمر. وهو قول الفقهاء من

التابعين، وروي ذلك عن علي وابن مسعود وابن عباس؛ وقال ابن مسعود «المحل والمحلل له ملعون على لسان محمد ﷺ».

وروى ابن ماجة عن عقبة بن عامر أن النبي ﷺ قال: «ألا أخبركم بالتيس المستعار؟ قالوا: بلى يا رسول الله. قال: هو المحلل، لعن الله المحلل والمحلل له» وروى الأثرم بإسناده عن قبيصة بن جابر قال: سمعت عمر وهو يخطب الناس وهو يقول: «والله لا أوتي بمحل ولا محل له إلا رجمتهما» ولأنه نكاح إلى مدة أو فيه شرط يمنع بقاءه. فأشبه نكاح المتعة.

فصل: فإن شرط عليه التحليل قبل العقد ولم يذكره في العقد ونواه في العقد أو نوى التحليل من غير شرط، فالنكاح باطل أيضاً، قال اسماعيل بن سعيد سألت أحمد عن الرجل يتزوج المرأة وفي نفسه أن يحلها لزوجها الأول ولم تعلم المرأة بذلك. قال: هو محلل إذا أراد بذلك الإحلال، فهو ملعون. وهذا ظاهر قول الصحابة رضي الله عنهم، وروى نافع عن ابن عمر «أن رجلاً قال له: امرأة تزوجتها أحلها لزوجها لم يأمرني ولم يعلم قال: لا. إلا نكاح رغبة إن أعجبتك أمسكها وإن كرهتها فارقها. قال: وإن كنا نعده على عهد رسول الله ﷺ سفاحاً. وقال: لا يزالان زانيين، وإن مكثا عشرين سنة إذا علم أنه يريد أن يحلها، وهذا قول عثمان رضي الله عنه، وجاء رجل إلى ابن عباس فقال له: إن عمي طلق امرأته ثلاثاً أيحلها له رجل؟ قال: «من يخادع الله يخدعه» وهذا قول الحسن والنخعي والشعبي وقتادة وبكر المزني والليث ومالك والثوري وإسحاق وقال أبو حنيفة والشافعي: العقد صحيح. وذكر القاضي في صحته وجهاً مثل قولهما لأنه خلا عن شرط يفسده، فأشبه ما لو نوى طلاقها لغير الإحلال، أو ما لو نوت المرأة ذلك، ولأن العقد إنما يبطل بما شرط لا بما قصد، بدليل ما لو اشترى عبداً فشرط أن يبيعه لم يصح، ولو نوى ذلك لم يبطل. ولأنه روي عن عمر رضي الله عنه ما يدل على إجازته. وروى أبو حفص بإسناده عن محمد بن سيرين، قال: «قدم مكة رجل ومعه إخوة له صغار وعليه إزار من بين يديه رقعة ومن خلفه رقعة، فسأل عمر فلم يعطه شيئاً، فبينما هو كذلك إذ نزغ الشيطان بين رجل من قريش وبين امرأته فطلقها، فقال لها: هل لك أن تعطي ذا الرقعتين شيئاً ويحلك لي؟ قالت: نعم. إن شئت فأخبروه بذلك. قال نعم، وتزوجها ودخل بها. فلما أصبحت أدخلت إخوته الدار فجاء القرشي يحوم حول الدار ويقول: يا ويله غلب على امرأته فأتى عمر، فقال: يا أمير المؤمنين غلبت على امرأتي. قال: من غلبك؟ قال: ذو الرقعتين قال: أرسلوا إليه، فلما جاء الرسول، قالت له المرأة: كيف موضعك من قومك؟ قال: ليس بموضعي بأس. قالت: إن أمير المؤمنين يقول لك: طلق امرأتك. فقال: لا والله لا أطلقها. فإنه لا يكرهك، وألبسته حلة فلما رآه عمر من بعيد، قال: الحمد لله الذي رزق ذا الرقعتين،

فدخل عليه فقال: أتطلق امرأتك؟ قال: لا والله لا أطلقها. قال عمر: لو طلقتها لأوجعت رأسك بالسوط» رواه سعيد عن هشيم عن يونس بن عبيد عن ابن سيرين نحواً من هذا، وقال من أهل المدينة، وهذا قد تقدم فيه الشرط على العقد، ولم ير به عمر بأساً.

ولنا: قول النبي ﷺ «لعن الله المحلل والمحلل له» وقول من سمينا من الصحابة ولا مخالف لهم، فيكون إجماعاً، ولأنه قصد به التحليل فلم يصح، كما لو شرطه. وأما حديث ذي الرقعتين، فقال أحمد: ليس له إسناد، يعني أن ابن سيرين لم يذكر إسناده إلى عمر، وقال أبو عبيد: هو مرسل فأين هو من الذي سمعناه يخطب به على المنبر «لا أوتى بمحلل ولا محلل له إلا رجمتهما؟» ولأنه ليس فيه أن ذا الرقعتين قصد التحليل، ولا نواه، وإذا كان كذلك لم يتناول محل النزاع.

فصل: فإن شرط عليه أن يحلها قبل العقد فنوى بالعقد غير ما شرطوا عليه وقصد نكاح رغبة، صح العقد لأنه خلا عن نية التحليل وشرطه، فصح، كما لو لم يذكر ذلك، وعلى هذا يحمل حديث ذي الرقعتين، وإن قصدت المرأة التحليل أو وليها دون الزوج لم يؤثر ذلك في العقد. وقال الحسن وابراهيم: إذا هم أحد الثلاثة، فسد النكاح. قال أحمد: كان الحسن وابراهيم والتابعون يشددون في ذلك. قال أحمد: الحديث عن النبي ﷺ: «أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟» ونية المرأة ليس بشيء، إنما قال النبي ﷺ: «لعن الله المحلل والمحلل له» ولأن العقد إنما يبطل بنية الزوج، لأنه الذي إليه المفارقة والإمساك، أما المرأة فلا تملك رفع العقد، فوجود نيتها وعدمها سواء، وكذلك الزوج الأول لا يملك شيئاً من العقد ولا من رفعه، فهو أجنبي كسائر الأجانب.

فإن قيل: كيف لعنه النبي ﷺ؟ قلنا: إنما لعنه إذا رجع إليها بذلك التحليل لأنها لم تحل له. فكان زانياً فاستحق اللعنة لذلك.

فصل: فإن اشترى عبداً فزوجها إياه ثم وهبها إياه لينفسخ النكاح بملكها له لم يصح، قال أحمد في رواية حنبل: إذا طلقها ثلاثاً وأراد أن يراجعها فاشترى عبداً فأعتقه وزوجها إياه فهذا الذي نهى عنه عمر يؤدبان جميعاً، وهذا فاسد ليس بكفء وهو شبه المحلل، وعلل أحمد فساده بشيئين: أحدهما: شبهه بالمحلل لأنه إنما زوجه إياها ليحلها له. الثاني: كونه ليس بكفء لها وتزويجه لها في حال كونه عبداً أبلغ في هذا المعنى لأن العبد في عدم الكفاءة أشد من المولى، والسيد له سبيل إلى إزالة نكاحه من غير إرادته بأن يهبه للمرأة فينفسخ نكاحه بملكها إياه والمولى بخلاف ذلك، ويحتمل أن يصح النكاح إذا لم يقصد العبد التحليل لأن المعتبر في الفساد نية الزوج: لا نية غيره، ولم ينو، وإذا كان مولى ولم ينو التحليل فهو أولى بالصحة، لأنه لا سبيل لمعتقه إلى فسخ نكاحه ولا عبرة بنيته.

فصل: ونكاح المحلل فاسد يثبت فيه سائر أحكام العقود الفاسدة ولا يحصل به الإحصان واحد، ولا الإباحة للزوج الأول كما لا يثبت في سائر العقود الفاسدة فإن قيل: فقد سماه النبي ﷺ محللاً، وسمى الزوج محللاً له ولو لم يحصل الحل لم يكن محللاً ولا محللاً له: قلنا: إنما سماه محللاً لأنه قصد التحليل في موضع لا يحصل فيه الحل، كما قال ﷺ: «ما آمن بالقرآن من استحل محارمه» وقال الله تعالى: ﴿يُحِلُّونَهُ عَاماً وَيُحَرِّمُونَهُ عَاماً﴾ [التوبة: ٣٧] ولو كان محللاً في الحقيقة والآخر محللاً له، لم يكونا ملعونين.

مسألة: قال رحمه الله: (وإذا عقد المحرم نكاحاً لنفسه أو لغيره، أو عقد نكاحاً لمحرم على محرمة، فالنكاح فاسد).

وجملته: أن المحرم إذا تزوج لنفسه أو عقد النكاح لغيره، ككونه ولياً أو وكيلاً، فإنه لا يصح لقول النبي ﷺ: «لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب» رواه مسلم. وإن عقد الحلال نكاحاً لمحرم بأن يكون وكيلاً له أو ولياً عليه، أو عقده على محرمة لم يصح لدخوله في عموم الحديث لأنه إذا تزوج له وكيله فقد نكح وحكى القاضي في كون المحرم ولياً لغيره روايتين. إحداهما: لا تصح وهي اختيار الخرقي. والثانية: تصح، وهي اختيار أبي بكر، لأن النكاح حرم على المحرم لأنه في دواعي الوطء المفسد للحج، ولا يحصل ذلك فيه بكونه ولياً لغيره، والأول أولى لدخوله في عموم الخبر، ولأن عقد لا يصح للمحرم، فلا يصح منه كشراء الصيد، وقد مضت هذه المسألة في الحج بأبسط من هذا الشرح.

مسألة: قال رحمه الله: (وأي الزوجين وجد بصاحبه جنوناً أو جذاماً أو برصاً، أو كانت المرأة رتقاء أو قرناء أو عفلاء أو فتقاء، أو الرجل مجنوناً، فلمن وجد ذلك منهما بصاحبه الخيار في فسخ النكاح).

الكلام في هذه المسألة في فصول أربعة: **الأول:** أن خيار الفسخ يثبت لكل واحد من الزوجين لعيب يجده في صاحبه في الجملة. روي ذلك عن عمر بن الخطاب وابنه وابن عباس، وبه قال جابر والشافعي وإسحاق. وروي عن علي «لا ترد الحرة بعيب» وبه قال النخعي والثوري وأصحاب الرأي، وعن ابن مسعود «لا ينفسخ النكاح بعيب» وبه قال أبو حنيفة وأصحابه، إلا أن يكون الرجل مجبوباً أو عنيناً فإن للمرأة الخيار. فإن اختارت الفراق فرق الحاكم بينهما بطلقة ولا يكون فسخاً لأن وجود العيب لا يقتضي فسخ النكاح كالعمى والزمانة وسائر العيوب.

ولنا: إن المختلف فيه عيب يمنع الوطء، فأثبت الخيار كالجب والعنة، ولأن المرأة أحد العوضين في النكاح فجاز رده بالعيب كالصداق أو أحد العوضين في عقد النكاح فجاز رده بالعيب أو أحد الزوجين، فثبت له الخيار بالعيب في الآخر كالمرأة، وأما غير هذه

العيوب فلا يمنع المقصود بعقد النكاح وهو الوطء بخلاف العيوب المختلف فيها، فإن قيل: فالجنون والجذام والبرص لا يمنع الوطء، قلنا: بل يمنعه، فإن ذلك يوجب نفرة تمنع قربانه بالكلية ومسه، ويخاف منه التعدي إلى نفسه ونسله، والمجنون يخاف منه الجناية فصار كالمانع الحسي.

الفصل الثاني: في عدد العيوب المجوزة للفسخ

وهي فيما ذكر الخرقي ثمانية: ثلاثة يشترك فيها الزوجان وهي الجنون والجذام والبرص، واثنان يختصان الرجل وهما الجب والعنة، وثلاثة تختص بالمرأة وهي الفتق والقرن والعفل، وقال القاضي: هي سبعة جعل القرن والعفل شيئاً واحداً وهو الرتق أيضاً وذلك لحم ينبت في الفرج، وحكي ذلك عن أهل الأدب، وحكي نحوه عن أبي بكر، وذكره أصحاب الشافعي وقال الشافعي القرن عظم في الفرج يمنع الوطء، وقال غيره لا يكون في الفرج عظم إنما هو لحم ينبت فيه، وحكي عن أبي حفص أن العفل كالرغوة في الفرج يمنع لذة الوطء فعلى هذا يكون عيباً نامياً، وقال أبو الخطاب: الرتق أن يكون الفرج مسدوداً يعني أن يكون ملتصقاً لا يدخل الذكر فيه، والقرن والعفل لحم ينبت في الفرج فيسده فهما في معنى الرتق إلا أنهما نوع آخر، وأما الفتق فهو انخراق ما بين مجرى البول ومجرى المني، وقيل ما بين القبل والدبر، وذكرها أصحاب الشافعي سبعة أسقطوا منها الفتق ومنهم من جعلها ستة جعل القرن والعفل شيئاً واحداً. وإنما اختص الفسخ بهذه العيوب لأنها تمنع الاستمتاع المقصود بالنكاح فإن الجذام والبرص يثيران نفرة في النفس تمنع قربانه ويخشى تعديه إلى النفس والنسل فيمنع الاستمتاع والجنون يثير نفرة ويخشى ضرره والجب والرتق يتعذر معه الوطء والفتق يمنع لذة الوطء وفائدته وكذلك العفل على قول من فسره بالرغوة فإن اختلفا في وجود العيب مثل أن يكون بجسده بياض يمكن أن يكون بهقاً أو مراراً واختلفا في كونه برصاً أو كانت به علامات الجذام من ذهاب شعر الحاجبين فاختلفا في كونه جذاماً فإن كانت للمدعي بينة من أهل الخبرة والثقة يشهدان له بما قال ثبت قوله وإلا حلف المنكر والقول قوله لقول النبي ﷺ: «ولكن اليمين على المدعى عليه» وإن اختلفا في عيوب النساء أريت النساء الثقات ويقبل فيه قول امرأة واحدة فإن شهدت بما قال الزوج وإلا فالقول قول المرأة وأما الجنون فإنه يثبت الخيار سواء كان مطبقاً أو كان يجن في الأحيان لأن النفس لا تسكن إلى من هذا حاله إلا أن يكون مريضاً يغمى عليه ثم يزول فذلك مرض لا يثبت به خيار فإن زال المرض ودام به الإغماء فهو كالجنون يثبت به الخيار وأما الجب فهو أن يكون جميع ذكره مقطوعاً أو لم يبق منه إلا ما لا يمكن الجماع به فإن بقي منه ما يمكن الجماع به ويغيب منه في الفرج قدر الحشفة فلا خيار لها لأن الوطء يمكن وإن اختلفا في ذلك فالقول قول المرأة لأنه يضعف بالقطع والأصل عدم الوطء ويحتمل أن القول

قوله كما لو ادعى الوطء في العنة ولأن له ما يمكن الجماع بمثله. فأشبه من له ذكر قصير.

والفصل الثالث: أنه لا يثبت الخيار لغير ما ذكرناه لأنه لا يمنع من الاستمتاع بالمعقود عليه ولا يخشى تعديه فلم ينفسخ به النكاح كالعمى والعرج ولأن الفسخ إنما يثبت بنص أو إجماع أو قياس ولا نص في غير هذا ولا إجماع ولا يصح قياسها على هذه العيوب لما بينهما من الفرق. وقال أبو بكر وأبو حفص إذا كان أحدهما لا يستمسك بوله ولا خلاؤه فللآخر الخيار، قال أبو الخطاب: ويتخرج على ذلك من به الباسور والناسور والقروح السيالة في الفرج لأنها تثير نفرة وتتعدى نجاستها وتسمى من لا يحبس نجوها الشريم ومن لا يحبس بولها المأشولة ومثلها من الرجال الأفين. وقال أبو حفص والخصاء عيب يرد به وهو أحد قولي الشافعي لأن فيه نقصاً وعاراً ويمنع الوطء أو يضعفه.

وقد روى أبو عبيد بإسناده عن سليمان بن يسار «أن ابن سندر تزوج امرأة وهو خصي فقال له عمر أعلمتها؟ قال لا، قال أعلمها ثم خيرها» وفي البخر وكون أحد الزوجين خنثى وجهان. **أحدهما**: يثبت الخيار لأن فيه نفرة ونقصاً وعاراً والبخر نتن الفم، وقال ابن حامد هو نتن في الفرج يثور عند الوطء وهذا إن أراد به أنه يسمى أيضاً بخراً ويثبت الخيار وإلا فلا معنى له فإن نتن الفم تسمى بخراً ويمنع مقاربة صاحبه إلا على كره وما عدا هذا فلا يثبت الخيار وجهاً واحداً كالقرع والعمى والعرج وقطع اليدين والرجلين لأنه لا يمنع الاستمتاع ولا يخشى تعديه ولا نعلم في هذا بين أهل العلم خلافاً إلا أن الحسن قال: إذا وجد الآخر عقيماً يخير وأحب أحمد تبيين أمره وقال عسى امرأته تريد الولد وهذا في ابتداء النكاح فأما الفسخ فلا يثبت به ولو ثبت بذلك لثبت في الآيسة، ولأن ذلك لا يعلم فإن رجالاً لا يولد لأحدهم وهو شاب ثم يولد له وهو شيخ فلا يتحقق ذلك منهما، وأما سائر العيوب فلا يثبت بها فسخ عندهم والله أعلم.

الفصل الرابع: أنه إذا أصاب أحدهما بالآخر عيباً وبه عيب من غير جنسه كالأبرص يجد المرأة مجنونة أو مجذومة فلكل واحد منهما الخيار لوجود سببه إلا أن يجد المجبوب المرأة رتقاء فلا ينبغي أن يثبت لهما الخيار لأن عيبه ليس هو المانع لصاحبه من الاستمتاع وإنما امتنع لعيب نفسه. وإن وجد أحدهما بصاحبه عيباً به مثله ففيه وجهان. **أحدهما**: لا خيار لهما لأنهما متساويان ولا مزية لأحدهما على صاحبه فأشبها الصحيحين. **والثاني**: له الخيار لوجود سببه. فأشبه ما لو غر عبد بأمة.

فصل: وإن حدث العيب بأحدهما بعد العقد ففيه وجهان. **أحدهما**: يثبت الخيار وهو ظاهر قول الخرقي لأنه قال: فإن جب قبل الدخول فلها الخيار في وقتها لأنه عيب في النكاح يثبت الخيار مقارناً فأثبته طارئاً كالإعسار وكالرق فإنه يثبت الخيار إذا قارن مثل أن تغر الأمة من عبد ويثبته إذا طرأت الحرية مثل أن أعتقت الأمة تحت العبد ولأنه عقد على منفعة

فحدوث العيب بها يثبت الخيار كالإجارة. والثاني: لا يثبت الخيار وهو قول أبي بكر وابن حامد. ومذهب مالك لأنه عيب حدث بالمعقود عليه بعد لزوم العقد. أشبه الحادث بالبيع. وهذا ينتقض بالعيب الحادث في الإجارة، وقال أصحاب الشافعي إن حدث بالزوج ثبت الخيار، وإن حدث بالمرأة فكذلك في أحد الوجهين والآخر لا يثبته لأن الرجل يمكنه طلاقها بخلاف المرأة.

ولنا: إنهما تساويا فيما إذا كان العيب سابقاً فتساويا فيه لاحقاً كالمتبايعين.

فصل: ومن شرط ثبوت الخيار بهذه العيوب: أن لا يكون عالماً بها وقت العقد ولا يرضى بها بعده، فإن علم بها في العقد أو بعده فرضي فلا خيار له. لا نعلم فيه خلافاً لأنه رضي به. فأشبه مشتري المعيب. وإن ظن العيب يسيراً فبان كثيراً كمن ظن أن البرص في قليل من جسده فإن في كثير منه فلا خيار له أيضاً. لأنه من جنس ما رضي به. وإن رضي بعيب فبان به غيره فله الخيار لأنه وجد به عيباً لم يرض به ولا بجنسه فثبت له الخيار كالمبيع إذا رضي بعيب فيه فوجد به غيره. وإن رضي بعيب فزاد بعد العقد كأن كان به قليل من البرص فانبسط في جلده فلا خيار له لأن رضاه به رضى بما يحدث منه.

فصل: وخيار العيب ثابت على التراخي لا يسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى به من القول والاستمتاع من الزوج أو التمكين من المرأة. هذا ظاهر كلام الخرقي. لقوله: فإن علمت أنه عنين فسكتت عن المطالبة ثم طالبت بعد فلها ذلك، وذكر القاضي أنه على الفور. وهو مذهب الشافعي، فمتى أخر الفسخ مع العلم والإمكان بطل خياره لأنه خيار الرد بالعيب فكان على الفور كالذي في البيع.

ولنا: إنه خيار له لدفع ضرر متحقق فكان على التراخي كخيار القصاص، وخيار العيب في المبيع يمنعه. ثم الفرق بينهما أن ضرره في المبيع غير متحقق لأنه قد يكون المقصود ماليته أو خدمته ويحصل ذلك مع عيبه. وها هنا المقصود الاستمتاع ويفوت ذلك بعيبه، وأما خيار المجبرة والشفعة والمجلس فهو لدفع ضرر غير متحقق.

فصل: ويحتاج الفسخ إلى حكم حاكم لأنه مجتهد فيه فهو كفسخ العنة والفسخ للإعسار بالنفقة، ويخالف خيار المعتقة فإنه متفق عليه.

مسألة: قال: (وإذا فسخ قبل المسيس فلا مهر، وإن كان بعده وادعى أنه ما علم حلف وكان له أن يفسخ وعليه المهر يرجع به على من غره).

الكلام في هذه المسألة في فصول أربعة. **أحدها:** أن الفسخ إذا وجد قبل الدخول فلا مهر لها عليه سواء كان من الزوج أو المرأة وهذا قول الشافعي لأن الفسخ إن كان منهما

فالفرقة من جهتها فسقط مهرها كما لو فسخه برضاع زوجة له أخرى وإن كان منه فإنما فسخ لعيب بها دلسته بالإخفاء فصار الفسخ كأنه منها، فإن قيل: فهلا جعلتم فسخها لعيب كأنه منه لحصوله بتدليسه؟ قلنا: العوض من الزوج في مقابلة منافعها فإذا اختارت فسخ العقد مع سلامة ما عقدت عليه رجع العوض إلى العاقد معها وليس من جهتها عوض في مقابلة منافع الزوج، وإنما ثبت لها الخيار لأجل ضرر يلحقها لا لتعذر ما استحقت عليه في مقابلته عوضاً فافترقا.

الفصل الثاني: أن الفسخ إذا كان بعد الدخول فلها المهر لأن المهر يجب بالعقد ويستقر بالدخول فلا يسقط بحادث بعده ولذلك لا يسقط بردتها ولا يفسخ من جهتها ويجب المهر المسمى، وذكر القاضي في المجرد فيه روايتين. **إحداهما**: يجب المسمى. **والآخر**: مهر المثل بناء على الروايتين في العقد الفاسد وقال الشافعي الواجب مهر المثل لأن الفسخ استند إلى العقد فصار كالعقد الفاسد.

ولنا: إنها فرقة بعد الدخول في نكاح صحيح فيه مسمى صحيح فوجب المسمى لغير المعيبة وكالمعتقة تحت عبد، والدليل على أن النكاح صحيح أنه وجد بشروطه وأركانه فكان صحيحاً كما لو لم يفسخه، ولأنه لو لم يفسخه لكان صحيحاً فكذلك إذا فسخه كنكاح الأمة إذا عتقت تحت عبد، ولأنه تترتب عليه أحكام الصحة من ثبوت الإحصان والإباحة للزوج الأول وسائر أحكام الصحة، ولأنه لو كان فاسداً لما جاز إبقاؤه وتعين فسخه، وما ذكروه غير صحيح فإن الفسخ يثبت حكمه في حينه غير سابق عليه، وما وقع على صفة يستحيل أن يكون واقعاً على غيرها وكذلك لو فسخ البيع بعيب لم يصر العقد فاسداً ولا يكون النماء لغير المشتري، ولو كان البيع أمة فوطئها لم يجب به مهرها فكذلك النكاح.

الفصل الثالث: إذا علم بالعيب وقت العقد أو بعده ثم وجد منه رضى أو دلالة عليه كالدخول بالمرأة أو تمكينها إياه من الوطء لم يثبت له الفسخ لأنه رضي بإسقاط حقه فسقط كما لو علم المشتري بالعيب فرضيه، وإذا اختلفا في العلم فالقول قول من ينكره لأن الأصل عدمه.

الفصل الرابع: أنه يرجع بالمهر على من غره، وقال أبو بكر فبه روايتان **إحداهما**: يرجع به. **والأخرى**: لا يرجع، والصحيح أن المذهب رواية واحدة وأنه يرجع به فإن أحمد قال كنت أذهب إلى قول علي فهبته فملت إلى قول عمر: «إذا تزوجها فرأى جذاماً أو برصاً فإن لها المهر بمسيسه إياها ووليها ضامن للصداق» وهذا يدل على أنه رجع إلى هذا القول وبه قال الزهري وقتادة ومالك والشافعي في القديم، وروي عن علي أنه قال لا يرجع وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد لأنه ضمن ما استوفى بدله وهو الوطء فلا يرجع به على غيره كما لو كان المبيع معيباً فأكله.

ولنا: ما روى مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب قال: قال عمر بن الخطاب: «أيما رجل تزوج بامرأة بها جنون أو جذام أو برص فمسها فلها صداقها، وذلك لزوجها غرم على وليها» ولأنه غره في النكاح بما يثبت به الخيار فكان المهر عليه كما لو غره بحرية أمة، فإذا ثبت هذا فإن كان الولي علم غرم وإن لم يكن علم فالتغرير من المرأة فيرجع عليه بجميع الصداق. فإن اختلفوا في علم الولي فشهدت بينة عليه بالإقرار بالعلم وإلا فالقول قوله مع يمينه قال الزهري وقتادة إن علم الولي غرم وإلا استحلف بالله العظيم أنه ما علم ثم هو على الزوج.

وقال القاضي: إن كان أباً أو جداً أو ممن يجوز له أن يراها فالتغرير من جهته علم أو لم يعلم وإن كان ممن لا يجوز له أن يراها كابن العم والمولى وعلم غرم وإن أنكر ولم تقم بينة بإقراره فالقول قوله، ويرجع على المرأة بجميع الصداق وهذا قول مالك إلا أنه قال: إذا ردت المرأة ما أخذت ترك لها قدر ما تستحل به لئلا تصير كالموهوبة وللشافعي قولان كقول مالك والقاضي.

ولنا: على أن الولي إذا لم يعلم لا يغرم. أن التغرير من غيره فلم يغرم كما لو كان ابن عم. وعلى أنه يرجع بكل الصداق أنه مغرور منها فرجع بكل الصداق كما لو غره الولي، وقولهم: لا يخفى على من يراها لا يصح فإن عيوب الفرج لا اطلاع له عليها ولا يحل له رؤيتها، وكذلك العيوب تحت الثياب فصار في هذا كمن لا يراها إلا في الجنون فإنه لا يكاد يخفى على من يراها إلا أن يكون غائباً وأما الرجوع بالمهر فإنه لسبب آخر فيكون بمنزلة ما لو وهبته إياه بخلاف الموهوبة.

فصل: إذا طلقها قبل الدخول ثم علم أنه كان بها عيب فعليه نصف الصداق ولا يرجع به لأنه رضي بالتزام نصف الصداق فلم يرجع على أحد. وإن ماتت أو مات قبل العلم بالعيب فلها الصداق كاملاً ولا يرجع على أحد لأن سبب الرجوع الفسخ ولم يوجد وها هنا استقر الصداق بالموت فلا يرجع به.

مسألة: قال: (ولا سكنى لها ولا نفقة لأن السكنى والنفقة إنما تجب لمرأة زوجها له عليها الرجعة).

إنما كان كذلك لأنها تبين بالفسخ كما تبين بطلاق ثلاث ولا يستحق زوجها عليها رجعة فلم تجب لها سكنى ولا نفقة لقول رسول الله ﷺ لفاطمة بنت قيس: «إنما السكنى والنفقة للمرأة إذا كان لزوجها عليها الرجعة» رواه النسائي وهذا إذا كانت حائلاً فإن كانت حاملاً فلها النفقة لأنها بائن من نكاح صحيح في حال حملها فكانت لها النفقة كالمطلقة ثلاثاً والمختلعة وفي السكنى روايتان، وقال القاضي: لا نفقة لها إن كانت حاملاً في أحد الوجهين

لأنها بائن من نكاح فاسد وكذلك قال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين وفي الآخر لها النفقة لأن النفقة للحمل والحمل لاحق به، وبنوه على أن النكاح فاسد وقد بينا صحته فيما مضى.

فصل: وليس لولي الصغيرة والصغير وسيد الأمة تزويجهم لمن به أحد هذه العيوب لأنه ناظر لهم بما فيه الحظ ولا حظ لهم في هذا العقد، فإن زوجهم مع العلم بالعيب لم يصح النكاح لأنه عقد لهم عقداً لا يجوز عقده فلم يصح كما لو باع عقاره لغير غبطة ولا حاجة، وإن لم يعلم بالعيب صح كما لو اشترى لهم معيباً لا يعلم عيبه ويجب عليه الفسخ إذا علم لأن عليه النظر لهم بما فيه الحظ والحظ في الفسخ ويحتمل أن لا يصح النكاح لأنه زوجهم ممن لا يملك تزويجهم إياه فلم يصح كما لو زوجهم بمن يحرم عليهم.

فصل: وليس له تزويج كبيرة بمعيب بغير رضاها بغير خلاف نعلمه لأنها تملك الفسخ إذا علمت به بعد العقد فالامتناع أولى، وإن أرادت أن تتزوج معيباً فله منعها في أحد الوجهين. قال أحمد ما يعجبني أن يزوجها بعنين وإن رضيت الساعة تكره إذا دخلت عليه لأن من شأنهن النكاح ويعجبهن من ذلك ما يعجبنا. وذلك لأن الضرر في هذا دائم والرضى غير موثوق بدوامه ولا يتمكن من التخلص إذا كانت عالمة في ابتداء العقد، وربما أفضى إلى الشقاق والعداوة فيتضرر وليها وأهلها. فملك الولي منعها كما لو أرادت نكاح من ليس بكفء. والثاني: ليس له منعها لأن الحق لها. وقال القاضي له منعها من نكاح المجنون وليس له منعها من نكاح المجبوب والعنين لأن ضررهما عليها خاصة. وفي الأبرص والمجذوم وجهان. أحدهما: لا يملك منعها لأن الحق لها والضرر عليها فأشبه المجبوب والعنين. والثاني: له منعها لأن عليه ضرراً فإنه يتغير به ويخشى تعديه إلى الولد فأشبه التزويج لمن لا يكافئها وهذا مذهب الشافعي. والأولى أن له منعها في جميع الصور لأن عليها فيه ضرراً دائماً وعاراً عليها وعلى أهلها فملك منعها منه كالتزويج بغير كفء. فأما إذا اتفقا على ذلك ورضيا به جاز وصح النكاح لأن الحق لهما ولا يخرج عنهما، ويكره لهما ذلك لما ذكره الإمام أبو عبد الله من أنها وإن رضيت الآن تكره فيما بعد. ويحتمل أن يملك سائر الأولياء الاعتراض عليهما ومنعهما من هذا التزويج لأن العار يلحق بهم وينالهم الضرر. فأشبه ما لو زوجها بغير كفء. فأما إن حدث العيب بالزوج ورضيته المرأة لم يملك وليها إجبارها على الفسخ لأن حقه في ابتداء العقد لا في دوامه. ولهذا لو دعت وليها إلى تزويجها بعبد لم يلزمه إجابتها ولو عتقت تحت عبد لم يملك إجبارها على الفسخ.

مسألة: قال: (وإذا عتقت الأمة وزوجها عبد فلها الخيار في فسخ النكاح).

أجمع أهل العلم على هذا ذكره ابن المنذر وابن عبد البر وغيرهما والأصل فيه خبر بريرة قالت عائشة: «كاتبت بريرة فخيرها رسول الله ﷺ في زوجها، وكان عبداً، فاختارت

نفسها ـ قال عروة: ولو كان حراماً ما خيرها رسول الله ﷺ» رواه مالك وأبو داود والنسائي، ولأن عليها ضرراً في كونها حرة تحت العبد فكان لها الخيار كما تزوج حرة على أنه حر فبان عبداً فإن اختارت الفسخ فلها فراقه، وإن رضيت المقام معه لم يكن لها فراقه بعد ذلك لأنها أسقطت حقها. وهذا مما لا خلاف فيه بحمد الله.

فصل: وإن عتقت تحت حر فلا خيار لها. وهذا قول ابن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب والحسن وعطاء وسليمان بن يسار وأبي قلابة وابن أبي ليلى ومالك والأوزاعي والشافعي وإسحاق، وقال طاوس وابن سيرين ومجاهد والنخعي وحماد بن أبي سليمان والثوري وأصحاب الرأي: لها الخيار. لما روى الأسود عن عائشة: «أن النبي ﷺ خير بريرة وكان زوجها حراً» رواه النسائي ولأنها كملت بالحرية فكان لها الخيار كما لو كان زوجها عبداً.

ولنا: إنها كافأت زوجها في الكمال فلم يثبت لها الخيار كما لو أسلمت الكتابية تحت مسلم. فأما خبر الأسود عن عائشة فقد روى عنها القاسم بن محمد وعروة «أن زوج بريرة كان عبداً» وهما أخص بها من الأسود لأنهما ابن أخيها وابن أختها. وقد روى الأعمش عن ابراهيم عن الأسود عن عائشة «أن زوج بريرة كان عبداً» فتعارضت روايتاه وقال ابن عباس: كان زوج بريرة عبداً أسود لبني المغيرة يقال له مغيث» رواه البخاري وغيره وقالت صفية بنت أبي عبيد «كان زوج بريرة عبداً» قال أحمد هذا ابن عباس وعائشة قالا في زوج بريرة إنه عبد رواية علماء المدينة وعلمهم وإذا روى أهل المدينة حديثاً وعملوا به فهو أصح شيء وإنما يصح أنه حر عن الأسود وحده وأما غيره فليس بذلك قال والعقد صحيح فلا يفسخ بالمختلف فيه والحر فيه اختلاف والعبد لا اختلاف فيه ويخالف الحر العبد لأن العبد ناقص فإذا كملت تحته تضررت ببقائها عنده بخلاف الحر.

فصل: وفرقة الخيار فسخ لا ينقص بها عدد الطلاق نص عليه أحمد ولا أعلم فيه خلافاً. قيل لأحمد: لم لا يكون طلاقاً؟ قال: لأن الطلاق ما تكلم به الرجل ولأنها فرقة لاختيار المرأة فكانت فسخاً كالفسخ لعنة أو عته.

مسألة: قال رحمه الله تعالى: (فإن أعتق قبل أن تختار أو وطئها بطل خيارها علمت أن الخيار لها أو لم تعلم).

وجملة ذلك: أن خيار المعتقة على التراخي ما لم يوجد أحد هذين الأمرين عتق زوجها أو وطؤه لها ولا يمنع الزوج من وطئها. وممن قال إنه على التراخي: مالك والأوزاعي ورويَ ذلك عن عبد الله بن عمر وأخته حفصة وبه قال سليمان بن يسار ونافع والزهري وقتادة وحكاه بعض أهل العلم عن الفقهاء السبعة. وقال أبو حنيفة وسائر العراقيين لها

الخيار في مجلس العلم وللشافعي ثلاثة أقوال أظهرها: كقولنا. والثاني: أنه على الفور كخيار الشفعة. والثالث: أنه إلى ثلاثة أيام.

ولنا: ما روى الإمام أحمد في المسند بإسناده عن الحسن بن عمرو بن أمية قال: سمعت رجالاً يتحدثون عن النبي ﷺ «أنه قال: إذا عتقت الأمة فهي بالخيار ما لم يطأها، إن شاءت فارقته وإن وطئها فلا خيار لها» رواه الأثرم أيضاً. وروى أبو داود «أن بريرة عتقت وهي عند مغيث عبد لآل أبي أحمد فخيرها النبي ﷺ فقال لها: «إن قربك فلا خيار لك» ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولا مخالف لهم في عصرهم قال ابن عبد البر لا أعلم لابن عمر وحفصة مخالفاً من الصحابة ولأن الحاجة داعية إلى ذلك فثبت كخيار القصاص أو خيار لدفع ضرر متحقق. فأشبه ما قلناه إذا ثبت هذا فمتى عتق قبل أن تختار سقط خيارها لأن الخيار لدفع الضرر بالرق وقد زال بعتقه فسقط كالمبيع إذا زال عيبه. وهذا أحد قولي الشافعي وإن وطئها بطل خيارها علمت بالخيار أو لم تعلم. نص عليه أحمد وهو قول من سمينا في صدر المسألة. وذكر القاضي وأصحابه أن لها الخيار وإن أصيبت ما لم تعلم فإن أصابها بعد علمها فلا خيار لها. وهذا قول عطاء والحكم وحماد والثوري والأوزاعي والشافعي وإسحاق لأنها إذا أمكنت من وطئها قبل علمها فلم يوجد منها ما يدل على الرضا فهو كما لو لم تصب.

ولنا: ما تقدم من الحديث. وروى مالك عن ابن شهاب عن عروة «أن مولاة لبني عدي يقال لها زبراء أخبرته أنها كانت تحت عبد فعتقت قالت: فأرسلت إلى حفصة فدعتني فقالت: إن أمرك بيدك ما لم يمسك زوجك فإن مسك فليس لك من الأمر شيء. فقلت هو الطلاق ثم الطلاق ففارقته ثلاثاً» وقال مالك عن نافع عن ابن عمر «إن لها الخيار ما لم يمسها» ولأنه خيار عيب فيسقط بالتصرف فيه مع الجهالة كخيار الرد بالعيب ولا تفريع على هذا القول. فأما على القول الآخر فإذا وطئها وادعت الجهالة بالعتق وهي ممن يجوز خفاء ذلك عليها مثل أن يعتقها سيدها في بلد آخر فالقول قولها مع يمينها لأن الأصل عدم ذلك، وإن كانت ممن لا يخفى ذلك عليها لكونها في بلد واحد وقد اشتهر ذلك لم يقبل قولها لأنه خلاف الظاهر وإن علمت العتق وادعت الجهالة بثبوت الخيار فالقول قولها لأن ذلك لا يعلمه إلا خواص الناس، والظاهر صدقها فيه. وللشافعي في قبول قولها في ذلك قولان.

فصل: فإن أعتق العبد والأمة دفعة واحدة فلا خيار لها، والنكاح بحاله سواء أعتقها رجل واحد أو رجلان نص عليه أحمد. وعنه لها الخيار. والأول أولى لأن الحرية الطارئة بعد عتقها تمنع الفسخ فالمقارنة أولى كإسلام الزوجين، وعن أحمد إذا عتقا معاً انفسخ النكاح ومعناه والله أعلم أنه إذا وهب العبد سرية وأذن له في التسري بها ثم أعتقهما جميعاً صارا حرين وخرجت عن ملك العبد فلم يكن له إصابتها إلا بنكاح جديد هكذا روى

جماعة من أصحابه فيمن وهب لعبده سرية أو اشترى له سرية ثم أعتقها لا يقربها إلا بنكاح جديد واحتج أحمد على ذلك بما روى نافع عن ابن عمر «أن عبداً له كان له سريتان فأعتقهما فنهاه أن يقربهما إلا بنكاح جديد» ولأنها بإعتاقها خرجت عن أن تكون مملوكة فلم يبح له التسري بها كالحرة الأصلية. وأما إذا كانت امرأته فعتقا لم ينفسخ نكاحه بذلك لأنه إذا لم ينفسخ بإعتاقها وحدها فلأن لا ينفسخ بإعتاقهما معاً أولى ويحتمل أن أحمد إنما أراد بقوله: انفسخ نكاحها: أن لها فسخ النكاح، وهذا تخريج على الرواية التي تقول بأن لها الفسخ إذا كان زوجها حراً.

فصل: ويستحب لمن له عبد وأمة متزوجان فأراد عتقهما البداية بالرجل لئلا يثبت للمرأة خيار عليه فيفسخ نكاحه وقد روى أبو داود والأثرم بإسنادهما عن عائشة «أنه كان لها غلام وجارية فتزوجا فقالت للنبي ﷺ إني أريد أن أعتقهما فقال لها: فابدئي بالرجل قبل المرأة» وعن صفية بنت أبي عبيد أنها فعلت ذلك وقالت للرجل: «إني بدأت بعتقك لئلا يكون لها عليك خيار».

فصل: إذا عتقت المجنونة والصغيرة فلا خيار لهما في الحال لأنه لا عقل لهما ولا قول معتبر ولا يملك وليها الاختيار عنها لأن هذه طريقة الشهوة فلا يدخل تحت الولاية كالاقتصاص. فإذا بلغت الصغيرة وعقلت المجنونة فلهما الخيار حينئذ لكونهما صارتا على صفة لكل منهما حكم وهذا الحكم فيما لو كان بزوجيهما عيب يوجب الفسخ، فإن كان زوجاهما قد وطئاهما فظاهر كلام الخرقي أنه لا خيار لهما لأن مدة الخيار انقضت. وعلى قول القاضي وأصحابه لهما الخيار لأنه لا رأي لهما فلا يكون تمكينهما من الوطء دليلاً على الرضى بخلاف الكبيرة العاقلة. ولا يمنع زوجاهما من وطئهما.

مسألة: قال رحمه الله: (فإن كانت لنفسين فأعتق أحدهما فلا خيار لها إذا كان المعتق معسراً).

إنما شرط الإعسار في المعتق لأن الموسر يسري عتقه إلى جميعها فتصير حرة ويثبت لها الخيار والمعسر لا يسري عتقه بل يعتق منها ما أعتق وباقيها رقيق فلا تكمل حريتها فلا يثبت لها الخيار حينئذ. وهذا قول الشافعي، وعن أحمد أن لها الخيار حكاها أبو بكر واختارها لأنها أكمل منه فإنها ترث وتورث وتحجب بقدر ما فيها من الحرية، ووجه قول الخرقي أنه لا نص في المعتق بعضها ولا هي في معنى الحرة الكاملة لأنها كاملة الأحكام وأيضاً ما علل به أحمد وهو أن العقد صحيح فلا يفسخ بالمختلف فيه وهذه مختلف فيها.

فصل: ولو زوج أمة قيمتها عشرة بصداق عشرين ثم أعتقها في مرضه بعد الدخول بها ثم مات ولا يملك غيرها وغير مهرها بعد استيفائه عتقت لأنها تخرج من الثلث ولها الخيار

وإن لم تكن قبضته عتق ثلثها في الحال وفي الخيار لها وجهان، فكلما اقتضى من مهرها شيء عتق منها بقدر ثلثه فإذا استوفى كله عتقت كلها ولها الخيار حينئذ عند من لم يثبت لها الخيار قبل ذلك، فإن كان زوجها قد وطئها قبل استيفاء مهرها فقد بطل خيارها عند من جعل لها الخيار حينئذ لأنها أسقطته بتمكينه من وطئها، وعلى قول الخرقي لا يبطل لأنها مكنت منه قبل ثبوت الخيار لها فأشبه ما لو مكنت منه قبل عتقها، فأما إن عتقت قبل الدخول بها فلا خيار لها على قول الخرقي لأن فسخها النكاح يسقط به صداقها فيعجز الثلث عن كمال قيمتها فيرق ثلثاها ويسقط خيارها فيفضي إثبات الخيار لها إلى إسقاطه فيسقط. وهذا مذهب الشافعي، وعند أبي بكر لها الخيار فعلى قول من أوجب لسيدها نصف المهر فإذا استوفى عتق ثلثاها، وعلى قول من أسقطه يعتق ثلثها.

مسألة: قال: (فإن اختارت المقام معه قبل الدخول أو بعده فالمهر للسيد وإن اختارت فراقه قبل الدخول فلا مهر لها وإن اختارته بعد الدخول فالمهر للسيد).

وجملته: أن المعتقة إن اختارت المقام مع الزوج قبل الدخول أو بعده أو اختارت الفسخ بعد الدخول فالمهر واجب لأنه واجب بالعقد. فإذا اختارت المقام فلم يوجد له مسقط، وإن فسخت بعد الدخول فقد استقر بالدخول فلم يسقط بشيء، وهو للسيد في الحالين لأنه وجب بالعقد في ملكه والواجب المسمى في الحالين سواء كان الدخول قبل العتق أو بعده، وقال أصحاب الشافعي إن كان الدخول قبل العتق أو بعده، فالواجب المسمى وإن كان بعده فالواجب مهر المثل لأن الفسخ استند إلى حالة العتق فصار الوطء في نكاح فاسد.

ولنا: إنه عقد صحيح فيه مسمى صحيح اتصل به الدخول قبل الفسخ فأوجب المسمى كما لو لم يفسخ، ولأنه لو وجب بالوطء بعد الفسخ لكان المهر لها لأنها حرة حينئذ، وقولهم إن الوطء في نكاح فاسد: غير صحيح فإنه كان صحيحاً ولم يوجد ما يفسده ويثبت فيه أحكام الوطء في النكاح الصحيح من الإحلال للزوج الأول والإحصان وكونه حلالاً، وأما إن اختارت الفسخ قبل الدخول فلا مهر لها. نص عليه أحمد وهو مذهب الشافعي، وعن أحمد رواية أخرى للسيد نصف المهر لأنه وجب للسيد فلا يسقط بفعل غيره.

ولنا: إن الفرقة جاءت من قبلها فسقط مهرها كما لو أسلمت أو ارتدت أو أرضعت من يفسخ نكاحها رضاعه، وقوله «وجب للسيد» قلنا لكن بواسطتها ولهذا سقط نصفه بفسخها وجميعه بإسلامها وردتها.

فصل: ولو كانت مفوضة ففرض لها مهر المثل فهو للسيد أيضاً لأنه وجب بالعقد في

ملكه لا بالفرض، وكذلك لو مات أحدهما وجب والموت لا يوجب فدل على أنه وجب بالعقد، وإن كان الفسخ قبل الدخول والفرض فلا شيء إلا على الرواية الأخرى ينبغي أن تجب المتعة لأنها تجب بالفرقة قبل الدخول في موضع لو كان مسمى وجب نصفه.

فصل: فإن طلقها طلاقاً بائناً ثم أعتقت فلا خيار لها لأن الفسخ إنما يكون في نكاح ولا نكاح ها هنا، وإن كان رجعياً فلها الخيار في العدة لأن نكاحها باق فيمكن فسخه، ولها في الفسخ فائدة فإنها لا تأمن رجعته إذا لم يفسخ. فإن قيل فيفسخ حينئذ؟ قلنا إذاً تحتاج إلى عدة أخرى وإذا فسخت في عدتها ثبتت على ما مضى من عدتها ولم تحتج إلى عدة أخرى. لأنها معتدة من الطلاق والفسخ لا ينافيها ولا يقطعها فهو كما لو طلقها طلقة أخرى وينبني على عدة حرة لأنها عتقت في أثناء العدة وهي رجعية. فإن اختارت المقام بطل خيارها، وقال الشافعي لا يبطل لأنها اختارت المقام مع جريانها إلى البينونة وذلك ينافي اختيار المقام.

ولنا: إنها حالة يصح فيها اختيار الفسخ فصح اختيار المقام كصلب النكاح وإن لم تختر شيئاً لم يسقط خيارها لأنه على التراخي ولأن سكوتها لا يدل على رضاها لاحتمال أنه كان لجريانها إلى بينونة اكتفاء منها بذلك. فإن ارتجعها فلها الفسخ حينئذ فإن فسخت ثم عاد فتزوجها بقيت معه بطلقة واحدة لأن طلاق العبد اثنتان وإن تزوجها بعد أن أعتق رجعت معه على طلقتين لأنه صار حراً فملك ثلاث طلقات كسائر الأحرار.

فصل: فإن طلقها بعد عتقها وقبل اختيارها أو طلق الصغيرة والمجنونة بعد العتق وقع طلاقه وبطل خيارها، لأنه طلاق من زوج جائز التصرف في نكاح صحيح فنفذ كما لو لم يعتق. وقال القاضي طلاقه موقوف فإن اختارت الفسخ لم يقع الطلاق لأن طلاقه يتضمن إبطال حقها من الخيار وإن لم تختر وقع وللشافعي قولان كهذين الوجهين. وبنوا عدم الوقوع على أن الفسخ استند إلى حالة العتق فيكون الطلاق واقعاً في نكاح مفسوخ.

ولنا: إنه طلاق من زوج مكلف مختار في نكاح صحيح فوقع كما لو طلقها قبل عتقها أو كما لو لم تختر وقد ذكرنا أن الفسخ يوجب الفرقة حينئذ ولا يجوز تقديم الفرقة عليه والحكم لا يتقدم سببه ولأن العدة تبتدىء من حين الفسخ لا من حين العتق وما سبقه من الوطء وطء في نكاح صحيح يثبت الإحصان والإحلال للزوج الأول ولو كان الفسخ سابقاً عليه لانعكست الحال، وقول القاضي: إنه يبطل حقها من الفسخ غير صحيح. فإن الطلاق يحصل به مقصود الفسخ من زيادة وجوب نصف المهر وتقصير العدة عليها فإن ابتداءها من حين طلاقه لا من حين فسخه، ثم لو كان مبطلاً لحقها لم يقع وإن لم تختر الفسخ كما لم يصح تصرف المشتري في المبيع في مدة الخيار سواء فسخ البائع أو لم يفسخ وهذا فيما إذا كان الطلاق بائناً فإن كان رجعياً لم يسقط خيارها على ما ذكرنا في الفصل الذي قبل هذا، فعلى قولهم إذا طلقها قبل الدخول ثم اختارت الفسخ سقط مهرها لأنها بانت بالفسخ وإن لم

يفسخ فلها نصف الصداق لأنها بانت بالطلاق.

فصل: وللمعتقة الفسخ من غير حكم حاكم لأنه مجمع عليه غير مجتهد فيه فلم يفتقر إلى حاكم كالرد بالعيب في المبيع بخلاف الفسخ في النكاح فإنه مجتهد فيه فافتقر إلى حكم الحاكم كالفسخ للإعسار.

فصل: فإن اختارت المعتقة الفراق كان فسخاً ليس بطلاق وبهذا قال أبو حنيفة والثوري والحسن بن حي والشافعي. وذهب مالك والأوزاعي والليث إلى أنه طلاق بائن قال مالك إلا أن تطلق نفسها ثلاثاً فتطلق ثلاثاً واحتج له بقصة زبراء حين طلقت نفسها ثلاثاً فلم يبلغنا أن أحداً من الصحابة أنكر ذلك، ولأنها تملك الفراق فملكت الطلاق كالرجل.

ولنا: قوله ﷺ: «الطلاق لمن أخذ بالساق» ولأنها فرقة من قبل الزوجة فكانت فسخاً كما لو اختلف دينهما أو أرضعت من يفسخ نكاحها برضاعه، وفعل زبراء ليس بحجة ولم يثبت انتشاره في الصحابة، فعلى هذا لو قالت اخترت نفسي أو فسخت النكاح انفسخ، ولو قالت طلقت نفسي ونوت المفارقة كان كناية عن الفسخ، لأنه يؤدي إلى معناه، فصح كناية عنه كالكناية بالفسخ عن الطلاق.

فصل: وإن عتق زوج الأمة لم يثبت له خيار لأن عدم الكمال في الزوجة لا يؤثر في النكاح وكذلك لا تعتبر الكفاءة إلا في الرجل دون المرأة، ولو تزوج امرأة مطلقاً فبانت أمة لم يثبت له خيار ولو تزوجت المرأة رجلاً مطلقاً فبان عبداً كان لها الخيار، وكذلك في الاستدامة لكن إن أعتق ووجد الطول لحرة فهل يبطل نكاحه؟ على وجهين تقدم ذكرهما.

فصل: وإذا عتقت الأمة فقالت لزوجها زدني في مهري ففعل فالزيادة لها دون سيدها سواء كان زوجها حراً أو عبداً وسواء عتق معها أو لم يعتق نص عليه أحمد فيم إذا زوج عبده من أمته ثم أعتقا جميعاً فقالت الأمة زدني في مهري فالزيادة للأمة لا للسيد، فقيل أرأيت إن كان الزوج لغير السيد لمن تكون الزيادة؟ قال للأمة، وعلى قياس هذا لو زوجها سيدها ثم باعها فزادها زوجها في مهرها فالزيادة للثاني، وقال القاضي الزيادة للسيد المعتق في الموضعين على قياس المذهب لأن من أصلنا أن الزيادة في الصداق تلحق بالعقد الأول فتكون كالمذكورة فيه. والذي قلناه أصح لأن الملك في الزيادة إنما ثبت حال وجودها بعد زوال ملك سيدها عنها فيكون لها ككسبها والموهوب لها، وقولنا إن الزيادة تلحق بالعقد معناه أنها تلزم ويثبت الملك فيها ويصير الجميع صداقاً، وليس معناه أنا تبينا أن الملك كان ثابتاً فيها وكان لسيدها، فإن هذا محال، ولأن سبب ملك هذه الزيادة وجد بعد العتق فلا يجوز أن يتقدم الملك عليه لأنه يؤدي إلى تقدم الحكم قبل سببه ولو كان الملك ثابتاً للمعتق فيه حين التزويج للزمته زكاته وكان له نماؤه. وهذا أظهر من أن نطيل فيه.

باب أجل العنين والخصي غير المجبوب

العنين هو العاجز عن الإيلاج وهو مأخوذ من عنَّ أي اعترض لأن ذكره يعن إذا أراد إيلاجه أي يعترض، والعنن الاعتراض. وقيل لأنه يعن لقبل المرأة عن يمينه وشماله ولا يقصده فإذا كان الرجل كذلك فهو عيب به ويستحق به فسخ النكاح بعد أن تضرب له مدة يختبر فيها ويعلم حاله بها. وهذا قول عمر وعثمان وابن مسعود والمغيرة بن شعبة رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وعمرو بن دينار والنخعي وقتادة وحماد بن أبي سليمان وعليه فتوى فقهاء الأمصار منهم مالك وأبو حنيفة وأصحابه والثوري والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو عبيد، وشذ الحكم بن عيينة وداود فقالا لا يؤجل وهي امرأته، وروي ذلك عن علي رضي الله عنه لأن امرأة أتت النبي ﷺ فقالت: «يا رسول الله ﷺ إن رفاعة طلقني فبت طلاقي، فتزوجت بعبد الرحمن بن الزبير، وإنما له مثل هدبة الثوب فقال: تريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسليتك» ولم يضرب له مدة.

ولنا: ما روي أن عمر رضي الله عنه أجل العنين سنة. وروى ذلك الدارقطني بإسناده عن عمر وابن مسعود والمغيرة بن شعبة ولا مخالف لهم، ورواه أبو حفص عن علي، ولأنه عيب يمنع الوطء فأثبت الخيار كالجب في الرجل والرتق في المرأة، فأما الخبر فلا حجة لهم فيه، فإن المدة إنما تضرب له مع اعترافه وطلب المرأة ذلك ولم يوجد واحد منهما. وقد روي أن الرجل أنكر ذلك وقال «إني لأعركها عرك الأديم» وقال ابن عبد البر: وقد صح أن ذلك كان بعد طلاقه، فلا معنى لضرب المدة، وصحح ذلك قول النبي ﷺ «تريدين أن ترجعي إلى رفاعة» ولو كان قبل طلاقه لما كان ذلك إليها، وقيل: إنها ذكرت ضعفه وشبهته بهدبة الثوب مبالغة، ولذلك قال النبي ﷺ: «حتى تذوقي عسيلته؟» والعاجز عن الوطء لا يحصل منه ذلك.

مسألة: قال: (وإذا ادعت المرأة أن زوجها عنين لا يصل إليها أجل سنة منذ

ترافعه فإن لم يصبها فيها خيرت في المقام معه أو فراقه فإن اختارت فراقه كان ذلك فسخاً بلا طلاق).

وجملة ذلك: أن المرأة إذا ادعت عجز زوجها عن وطئها لعنة سئل عن ذلك فإن أنكر والمرأة عذراء فالقول قولها، وإن كانت ثيباً فالقول قوله مع يمينه في ظاهر المذهب. لأن هذا أمر لا يعلم إلا من جهته والأصل السلامة. وقال القاضي: هل يستحلف أو لا؟ على وجهين بناء على دعوى الطلاق. فإن أقر بالعجز أو ثبت ببينة على إقراره به أو أنكر وطلبت يمينه فنكل ثبت عجزه ويؤجل سنة في قول عامة أهل العلم. وعن الحارث بن ربيعة أنه أجل رجلاً عشرة أشهر.

ولنا: قول من سمينا من الصحابة، ولأن هذا العجز قد يكون لعنة وقد يكون لمرض، فضربت له سنة لتمر به الفصول الأربعة، فإن كان من يبس زال في فصل الرطوبة، وإن كان من رطوبة زال في فصل الحرارة، وإن كان من انحراف مزاج زال في فصل الاعتدال. فإذا مضت الفصول الأربعة واختلفت عليه الأهوية فلم تزل علم أنه خلقة، وحكي عن أبي عبيد أنه قال: أهل الطب يقولون الداء لا تستمر في البدن أكثر من سنة ثم يظهر، وابتداء السنة منذ ترافعه. قال ابن عبد البر: على هذا جماعة القائلين بتأجيله. قال معمر في حديث عمر: يؤجل سنة من يوم مرافعته، فإذا انقضت المدة فلم يطأ فلها الخيار، فإن اختارت الفسخ لم يجز إلا بحكم الحاكم، لأنه مختلف فيه، فإما أن يفسخ وإما أن يرده إليها فتفسخ هي في قول عامة القائلين به، ولا يفسخ حتى تختار الفسخ وتطلبه لأن لحقها فلا تجبر على استيفائه كالفسخ بالإعسار، فإذا فسخ فهو فسخ وليس بطلاق وهذا قول الشافعي. وقال أبو حنيفة ومالك والثوري يفرق الحاكم بينهما وتكون تطليقة لأنه فرقة لعدم الوطء فكانت طلاقاً كفرقة المولى.

ولنا: إن هذا خيار ثبت لأجل العيب، فكان فسخاً كفسخ المشتري لأجل العيب.

فصل: فإن اتفقا بعد الفرقة على الرجعة لم يجز إلا بنكاح جديد، لأنها قد بانت عنه وانفسخ النكاح، فإذا تزوجها كانت عنده على طلاق ثلاث نص عليه أحمد وذكر أبو بكر فيها قولاً ثانياً: إنهما لا يجتمعان أبداً لأنها فرقة تتعلق بحكم الحاكم فحرمت للنكاح كفرقة اللعان، والمذهب أنها تحل له لأنها فرقة لأجل العيب فلم تمنع النكاح كفرقة المعتقة والفرقة من سائر العيوب، وأما فرقة اللعان فإنها حصلت بلعانها قبل تفريق الحاكم وها هنا بخلافه، ولأن اللعان يحرم المقام على النكاح فمنع ابتداءه ويوجب الفرقة فمنع الاجتماع وها هنا بخلافه ولو رضيت المرأة بالمقام أو لم تطلب الفسخ لم يجز الفسخ فكيف يصح القياس مع هذه الفروق؟

فصل: ومن علم أن عجزه عن الوطء لعارض من صغر أو مرض مرجو الزوال لم تضرب له المدة لأن ذلك عارض يزول والعنة خلقة وجبلة لا تزول وإن كان لكبر أو مرض لا يرجى زواله ضربت له المدة لأنه في معنى من خلق كذلك، وإن كان لجب أو شلل ثبت الخيار في الحال. لأن الوطء ميئوس منه ولا معنى لانتظاره، وإن كان قد بقي من الذكر ما يمكن الوطء به فالأولى ضرب المدة له لأنه في معنى العنين خلقة، وإن اختلف في القدر الباقي هل يمكن الوطء بمثله أو لا؟ رجع إلى أهل الخبرة في معرفة ذلك.

فصل: فأما الخصي فإن الخرقي ذكره في ترجمة الباب ولم يفرده بحكم فظاهر كلامه أنه ألحقه بغيره في أنه متى لم يصل إليها أجل، وإن وصل إليها فلا خيار لها لأن الوطء ممكن والاستمتاع حاصل بوطئه وقد قيل إن وطأه أكثر من وطء غيره لأنه لا ينزل فيفتر بالإنزال وقد ذكرنا اختلاف أصحابنا في ذلك فيما مضى، ولا فرق بين من قطعت خصيتاه والموجور وهو الذي رضت خصيتاه والمسلول الذي سلت خصيتاه فإن الحكم في الجميع واحد فإنه لا ينزل ولا يولد له.

مسألة: قال: (وإن قال: قد علمت أني عنين قبل أن أنكحها. فإن أقرت أو ثبت ببينة فلا يؤجل وهي امرأته).

وجملة ذلك: أن المرأة إذا علمت عنة الرجل وقت العقد مثل أن يعلمها بعنته أو تضرب له المدة وهي امرأته فينفسخ النكاح ثم يتزوجها ونحو ذلك لم تضرب له المدة وهي امرأته في قول أكثر أهل العلم منهم عطاء والثوري وابن القاسم وأصحاب الرأي وهو قول الشافعي القديم، وقال في الجديد: يؤجل لأنه قد يكون عنيناً في نكاح دون نكاح.

ولنا: إنها رضيت بالعيب ودخلت في العقد عالمة به فلم يثبت لها خيار كما لو علمته مجبوباً، ولأنها لو رضيت به بعد العقد أو بعد المدة لم يكن لها فسخ فكذلك إذا رضيت به في العقد كسائر العيوب، ولو أنها رضيت بالمقام معه ثم طلقها ثم ارتجعها لم يثبت لها المطالبة كذا ها هنا، وقولهم: إنها تكون في نكاح دون نكاح احتمال بعيد فإن العنة جبلة وخلقة لا تتغير ظاهراً ولذلك ثبت لها الفسخ بعد المدة فإن ادعى عليها العلم بعنته فأنكرته فالقول قولها مع يمينها لأن الأصل عدم العلم، وإن أقرت أو ثبتت ببينة ثبت نكاحها وبطل خيارها.

مسألة: قال: (وإن علمت أنه عنين بعد الدخول فسكتت عن المطالبة ثم طالبت بعد فلها ذلك ويؤجل سنة من يوم ترافعه).

لا نعلم في هذا اختلافاً وذلك لأن سكوتها بعد العقد ليس بدليل على الرضى لأنه زمن لا تملك فيه الفسخ ولا الامتناع من استمتاعه فلم يكن سكوتها مسقطاً لحقها كسكوتها

بعد ضرب المدة وقبل انقضائها. ولو سكتت بعد المدة لم يبطل خيارها أيضاً، لأن الخيار لا يثبت إلا بعد رفعه إلى الحاكم وثبوت عجزه فلا يضر السكوت قبله.

مسألة: قال: (وإن قالت في وقت من الأوقات، قد رضيت به عنيناً لم يكن لها المطالبة بعد).

وجملة الأمر: أنها متى رضيت به عنيناً بطل خيارها سواء قالت عقيب العقد أو بعد ضرب المدة أو بعد انقضائها، ولا نعلم في بطلان خيارها بقولها ذلك بعد انقضاء المدة خلافاً فأما قبلها فإن الشافعي قال في الجديد: لا يبطل خيارها. لأن حقها في الفسخ إنما يثبت بعد انقضاء المدة فلم يصح إسقاطه قبلها كالشفيع يسقط حقه قبل البيع.

ولنا: إنها رضيت بالعيب بعد العقد فسقط خيارها كسائر العيوب وكما بعد انقضاء المدة. وما ذكروه غير صحيح فإن العنة التي هي سبب الفسخ موجودة وإنما المدة ليعلم وجودها ويتحقق علمها فهي كالبينة في سائر العيوب[1] ويفارق الشفعة فإن سببها البيع ولم يوجد بعد. فإن قيل: فلو رضيت المرأة بالإعسار ثم اختارت الفسخ ملكته، ولو آلى منها فرضيت بالمقام معه ثم طالبت بالعنة كان لها ذلك؟ قلنا: الفرق بينهما أن النفقة يتجدد وجوبها كل يوم فإذا رضيت بإسقاط ما يجب لها في المستقبل لم يسقط لأنها أسقطته قبل وجوبه، فأشبه إسقاط الشفعة قبل البيع، بخلاف العيب ولأن الإعسار يعقبه اليسار فترضى بالمقام رجاء ذلك، وكذلك المولى يجوز أن يكفر عن يمينه ويطأ فإذا لم يوجد ذلك ثبت لها الخيار. فأما العنين إذا رضيته فقد رضيت بالعجز عن طريق الخلقة وهو معنى لا يزول في العادة فافترقا.

مسألة: قال: (وإن اعترفت أنه قد وصل إليها مرة بطل أن يكون عنيناً).

أكثر أهل العلم على هذا يقولون متى وطىء امرأته ثم ادعت عجزه لم تسمع دعواها ولم تضرب له مدة. منهم عطاء وطاوس والحسن ويحيى الأنصاري والزهري وعمرو بن دينار وقتادة وابن هاشم ومالك والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي. وقال أبو ثور: إن عجز عن وطئها أجل لها لأنه عجز عن وطئها فيثبت حقها كما لو جب بعد الوطء.

ولنا: إنه قد تحققت قدرته على الوطء في النكاح وزوال عنته، فلم تضرب له مدة كما لو لم يعجز ولأن حقوق الزوجية من استقرار المهر والعدة يثبت بوطء واحد وقد وجد. وأما الجب فإنه يتحقق به العجز فافترقا.

فصل: والوطء الذي يخرج به عن العنة هو تغييب الحشفة في الفرج لأن الأحكام

المتعلقة بالوطء تتعلق بتغييب الحشفة فكان وطأ صحيحاً فإن كان الذكر مقطوع الحشفة ففيه وجهان: **أحدهما**: لا يخرج عن العنة إلا بتغييب جميع الباقي لأنه لا حد ها هنا يمكن اعتباره فاعتبر تغيب جميعه ولأنه المعنى الذي يتحقق به حصول حكم الوطء. **والثاني**: يعتبر تغييب قدر الحشفة ليكون ما يجزىء من المقطوع مثل ما يجزىء من الصحيح وللشافعي قولان كهذين.

فصل: ولا يخرج عن العنة بالوطء في الدبر، لأنه ليس بمحل للوطء. فأشبه الوطء فيما دون الفرج ولذلك لا يتعلق به الإحلال للزوج الأول ولا الإحصان، وإن وطئها في القبل حائضاً أو نفساء أو محرمة أو صائمة خرج عن العنة. وذكر القاضي أن قياس المذهب أن لا تخرج من العنة لنص أحمد على أنه لا يحصل به الإحصان والإباحة للزوج الأول ولأنه وطء محرم أشبه الوطء في الدبر.

ولنا: إنه وطء في محل الوطء فخرج به عن العنة كما لو وطئها وهي مريضة يضرها الوطء، ولأن العنة العجز عن الوطء ولا يبقى مع وجود الوطء، فإن العجز ضد القدرة فلا يبقى مع وجود ضده، وما ذكروه غير صحيح لأن تلك أحكام يجوز أن تبقى مع وجود سببها لمانع أو لفوات شرط والعنة في نفسها أمر حقيقي لا يتصور بقاؤه مع انتفائه، فأما الوطء في الدبر فليس بوطء في محله بخلاف مسألتنا. وقد اختار ابن عقيل أنه تنتفي به العنة لأنه أصعب فمن قدر عليه فهو على غيره أقدر.

فصل: وإن وطىء امرأة لم يخرج به عن العنة في حق غيرها واختار ابن عقيل أنه يخرج عن العنة في حق جميع النساء ولا تسمع دعواها عليه منها ولا من غيرها، وهذا مقتضى قول أبي بكر وقول كل من قال: إنه يختبر بتزويج امرأة أخرى ويحكى ذلك عن سمرة وعن عمر بن عبد العزيز وذلك لأن العنة خلقة وجبلة لا تتغير بتغيير النساء. فإذا انتفت في حق امرأة لم تبق في حق غيرها.

ولنا: إن حكم كل امرأة معتبر بنفسها، ولذلك لو ثبتت عنته في حقهن فرضي بعضهن سقط حقها وحدها دون الباقيات ولأن الفسخ لدفع الضرر الحاصل بالعجز عن وطئها وهو ثابت في حقها لا يزول بوطء غيرها. وقوله: كيف يصح عجزه عن واحدة دون أخرى؟ قلنا: قد تنهض شهوته في حق إحداهما لفرط حبه إياه وميله إليها واختصاصها بجمال وجهها دون الأخرى فعلى هذا لو تزوج امرأة فأصابها ثم أبانها ثم تزوجها فعن عنها فلها المطالبة لأنه إذا جاز أن يعن عن امرأة دون أخرى ففي نكاح دون نكاح أولى. وعلى قول أبي بكر ومن وافقه لا يصح هذا بل متى وطىء مرة لم تثبت عنته أبداً.

مسألة: قال: (وإن جب قبل الحول فلها الخيار في وقتها).

كأن الخرقي أراد إذا ضربت له المدة فلم يصبها حتى جب ثبت لها الخيار في الحال لأننا ننتظر الحول لنعلم عجزه، وقد علمناه ها هنا يقيناً فلا حاجة إلى الانتظار، قال القاضي: ويلزم على هذا أن سائر العيوب الحادثة بعد العقد يثبت بها الخيار فإن الخيار ها هنا إنما يثبت بالجب الحادث ولولاه لم يثبت الفسخ لأننا لم نتيقن عنته والجب حادث فلما ثبت الفسخ به علم أنه إنما استحق بالعيب الحادث، وفي بعض النسخ «قبل الدخول» ومعناهما واحد ويحتمل أنه إنما استحق الفسخ ها هنا بالجب الحادث لأنه متضمن مقصود العنة في العجز عن الوطء ومحقق للمعنى الذي ادعته المرأة بخلاف غيره من العيوب والله أعلم.

مسألة: قال: (وإن زعم أنه قد وصل إليها وادعت أنها عذراء أريت النساء الثقات، فإن شهدن بما قالت أجل سنة).

وجملته: أن المرأة إذا ادعت عنة زوجها فزعم أنه وطئها وقالت إنها عذراء أريت النساء فإن شهدن بعذرتها فالقول قولها ويؤجل، وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وإنما كانت كذلك لأن الوطء يزيل عذرتها فوجودها يدل على عدم الوطء، فإن ادعى أن عذرتها عادت بعد الوطء فالقول قولها لأن هذا بعيد جداً، وإن كان متصوراً. وهل تستحلف المرأة؟ يحتمل وجهين:

أحدهما: تستحلف لإزالة هذا الاحتمال كما يستحلف سائر من قلنا القول قوله.
والآخر: لا تستحلف لأن ما يبعد جداً لا التفات إليه لاحتمال كذب البينة العادلة وكذب المقر في إقراره، وهل يقبل قول امرأة واحدة؟ على روايتين، وهذا الذي ذكره الخرقي فيما إذا اختلفا في ابتداء الأمر قبل ضرب الأجل، فإن اختلفا في ذلك بعد ضرب المدة وشهد النساء بعذرتها لم تنقطع المدة، وإن كان بعد انقضاء المدة فحكمه كحكم من اعترف أنه لم يطأها، وفي كل موضع شهد النساء بزوال عذرتها فالقول قوله فيسقط حكم قولها لأنه تبين كذبها، وإن ادعت أن عذرتها زالت بسبب آخر فالقول قوله لأن الأصل عدم الأسباب.

مسألة: قال: (وإن كانت ثيباً وادعى أنه يصل إليها أخلي معها في بيت وقيل له أخرج ماءك على شيء فإن ادعت أنه ليس بمني جعل على النار فإذا ذاب فهو مني وبطل قولها، وقد روي عن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى أن القول قوله مع يمينه).

اختلفت الرواية: عن أبي عبد الله رحمه الله في هذه المسألة فحكى الخرقي فيها روايتين: **إحداهما**: أنه يخلى معها ويقال أخرج ماءك على شيء فإن أخرجه فالقول قوله لأن العنين يضعف على الإنزال فإذا أنزل تبينا صدقه فنحكم به وهذا مذهب عطاء، فإن ادعت

أنه ليس بمني جعل على النار فإن ذاب فهو مني لأنه شبيه ببياض البيض وذاك إذا وضع على النار تجمع ويبس وهذا يذوب فيتميز بذلك أحدهما من الآخر فيختبر به، وعلى هذا متى عجز عن إخراج مائه فالقول قول المرأة لأن الظاهر معها.

والرواية الثانية: القول قول الرجل مع يمينه. وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وابن المنذر لأن هذا مما يتعذر إقامة البينة عليه وجنبته أقوى فإن دعواه سلامة العقد وسلامة نفسه من العيوب والأصل السلامة فكان القول قوله كالمنكر في سائر الدعاوى وعليه اليمين على صحة ما قال. وهذا قول من سمينا ها هنا لأن قوله محتمل للكذب فقوينا قوله بيمينه كما في سائر الدعاوى التي يستحلف فيها فإن نكل قضي عليه بنكوله، ويدل على وجوب اليمين عليه قول النبي ﷺ «ولكن اليمين على المدعى عليه».

قال القاضي: ويتخرج أن لا يستحلف بناء على إنكاره دعوى الطلاق فإن فيها روايتين كذا ها هنا، والصحيح ما قال الخرقي لدلالة الخبر والمعنى عليه، وروي عن أحمد رواية ثالثة: أن القول قول المرأة مع يمينها حكاها القاضي في المجرد لأن الأصل عدم الإصابة فكان القول قولها لأن قولها موافق للأصل واليقين معها، وفي كل موضع حكمنا بوطئه بطل حكم عنته فإن كان في ابتداء الأمر لم تضرب له مدة وإن كان بعد ضرب المدة انقطعت وإن كان بعد انقضائها لم يثبت لها خيار، وكل موضع حكمنا بعدم الوطء منه ثبت حكم عنته كما لو أقر بها، واختار أبو بكر أنه يزوج امرأة لها حظ من الجمال وتعطى صداقها من بيت المال ويخلى معها وتسأل عنه ويؤخذ بما تقول فإن أخبرت أنه يطأ كذبت الأولى، والثانية بالخيار بين الإقامة والفسخ وصداقها من بيت المال وإن كذبته فرق بينه وبينهما وصداق الثانية من ماله ها هنا لما روي «أن امرأة جاءت إلى سمرة فشكت إليه أنه لا يصل إليها زوجها فكتب إلى معاوية فكتب إليه: أن زوجه بامرأة ذات جمال يذكر عنها الصلاح وسق إليها المهر من بيت المال عنه، فإن أصابها فقد كذبت، وإن لم يصبها فقد صدقت ففعل ذلك سمرة فجاءت المرأة فقالت ليس عنده شيء ففرق بينهما».

وقال الأوزاعي: يشهده امرأتان ويترك بينهما ثوب ويجامع امرأته فإذا قام عنها نظرتا إلى فرجها فإن كان فيه رطوبة الماء فقد صدق وإلا فلا، وحكي عن مالك مثل ذلك إلا أنه اكتفى بواحدة. والصحيح أن القول قوله كما لو ادعى الوطء في الإيلاء ولما قدمنا، واعتبار خروج الماء ضعيف لأنه قد يطأ ولا ينزل وقد ينزل من غير وطء فإن ضعف الذكر لا يمنع سلامة الظهر ونزول الماء وقد يعجز السليم القادر عن الوطء في بعض الأحوال، وليس كل من عجز عن الوطء في حال من الأحوال أو وقت من الأوقات يكون عنيناً، ولذلك جلعنا مدته سنة، وتزوجه بامرأة ثانية، لا يصح لذلك أيضاً ولأنه قد يعن عن امرأة دون أخرى، ولأن نكاح الثانية إن كان مؤقتاً أو غير لازم فهو نكاح باطل والوطء فيه حرام وإن كان

صحيحاً لازمه ففيه إضرار بالثانية، ولا ينبغي أن يقبل قولها لأنها تزيد بذلك تخليص نفسها فهي متهمة فيه، وليست بأحق أن يقبل قولها من الأولى، ولأن الرجل لو أقر بالعجز عن الوطء في يوم أو شهر لم تثبت عنته بذلك، وأكثر ما في الذي ذكروه أن يثبت عجزه عن الوطء في اليوم الذي اختبروه فيه، فإذا لم يثبت عنته بإقراره بعجزه فلأن لا تثبت بدعوى غيره ذلك عليه أولى.

مسألة: قال: (وإذا قال الخنثى المشكل أنا رجل لم يمنع من نكاح النساء ولم يكن له أن ينكح بغير ذلك بعد، وكذلك لو سبق فقال أنا امرأة لم ينكح إلا رجلاً).

والخنثى هو الذي في قبله فرجان: ذكر رجل وفرج امرأة لا يخلو من أن يكون ذكراً أو أنثى. قال الله تعالى: ﴿وَأَنَّهُ خَلَقَ ٱلزَّوْجَيْنِ ٱلذَّكَرَ وَٱلْأُنثَىٰ﴾ [النجم: ٤٥] وقال تعالى: ﴿وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالاً كَثِيراً وَنِسَاءً﴾ [النساء: ١] فليس ثم خلق ثالث، ولا يخلو الخنثى من أن يكون مشكلاً أو غير مشكل، فإن لم يكن مشكلاً بأن تظهر فيه علامات الرجال فهو رجل له أحكام الرجال، أو تظهر فيه علامات النساء، فهو امرأة له أحكامهن وإن كان مشكلاً فلم تظهر فيه علامات الرجال ولا النساء. فاختلف أصحابنا في نكاحه، فذكر الخرقي أنه يرجع إلى قوله، فإن ذكر أنه رجل وأنه يميل طبعه إلى نكاح النساء فله نكاحهن. وإن ذكر أنه امرأة يميل طبعه إلى الرجال زوج رجلاً لأنه معنى لا يتوصل إليه إلا من جهته وليس فيه إيجاب حق على غيره فقبل قوله فيه كما يقبل قول المرأة في حيضتها وعدتها، وقد يعرف نفسه بميل طبعه إلى أحد الصنفين وشهوته له، فإن الله تعالى أجرى العادة في الحيوانات بميل الذكر إلى الأنثى وميلها إليه وهذا الميل أمر في النفس والشهوة لا يطلع عليه غيره. وقد تعذرت علينا معرفة علاماته الظاهرة فرجع فيه إلى الأمور الباطنة فيما يختص هو بحكمه.

وأما الميراث والدية فإن أقر على نفسه بما يقلل ميراثه أو ديته قبل منه، وإن ادعى ما يزيد ذلك لم يقبل لأنه متهم فيه فلا يقبل قوله على غيره، وما كان من عباداته وسترته وغير ذلك فينبغي أن يقبل قوله فيه لأنه حكم بينه وبين الله تعالى قال القاضي ويقبل قوله في الإمامة وولاية النكاح وما لا يثبت حقاً على غيره، وإذا زوج امرأة أو رجلاً ثم عاد فقال خلاف قوله الأول لم يقبل في التزويج بغير الجنس الذي زوجه أولاً لأنه مكذب لنفسه ومدع ما يوجب الجمع بين تزويج الرجال والنساء، لكن إن تزوج امرأة ثم قال أنا امرأة انفسخ نكاحه لإقراره ببطلانه ولا يقبل قوله في سقوط المهر عنه، وإن تزوج رجلاً وقال أنا رجل لم يقبل في فسخ نكاحه لأن الحق عليه. وهذا قول الشافعي، وقال أبو بكر لا يجوز أن يتزوج حتى يبين أمره. وذكره نصاً عن أحمد في رواية الميموني وهذا الذي ذكره أبو إسحاق مذهباً للشافعي وذلك لأنه لم يتحقق وجود ما يبيح له النكاح فلم يبح له كما لو اشتبهت عليه أخته بنسوة وكما لو لم يقل إني رجلاً ولا امرأة ولأن قوله لا يرجع إليه في شيء من أحكامه من

الميراث والدية وغيرهما في نكاحه، ولأنه لا يعرف نفسه كما لا يعرفه غيره، ولأنه قد اشتبه المباح بالمحظور في حقه فحرم كما ذكرناه.

مسألة: قال: (وإذا أصاب الرجل أو أصيبت المرأة بعد الحرية والبلوغ بنكاح صحيح وليس واحد منهما بزائل العقل رجما إذا زنيا، والمسلم والكافر الحران فيما وصفت سواء).

ذكر الخرقي رحمه الله في هذا الباب شرائط الإحصان. ونحن نؤخره إلى الحدود فإنه أخص به. والله أعلم.

كتاب الصداق

الأصل في مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع. أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ﴾ [النساء: ٢٤] وقال تعالى: ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٤] قال أبو عبيد: يعني عن طيب نفس بالفريضة التي فرض الله تعالى، وقيل: النحلة الهبة والصداق في معناها. لأن كل واحد من الزوجين يستمتع بصاحبه، وجعل الصداق للمرأة. فكأنه عطية بغير عوض، وقيل: نحلة من الله تعالى للنساء، وقال تعالى: ﴿فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [النساء: ٢٤].

وأما السنة: فروى أنس «أن رسول الله ﷺ رأى على عبد الرحمن بن عوف، ردع زعفران، فقال النبي ﷺ: مهيم؟ فقال: يا رسول الله ﷺ تزوجت امرأة، فقال: ما أصدقتها؟ قال: وزن نواة من ذهب. فقال: بارك الله لك، أولم ولو بشاة. وعنه «أن رسول الله ﷺ أعتق صفية، وجعل عتقها صداقها» متفق عليهما، وأجمع المسلمون على مشروعية الصداق في النكاح.

فصل: وللصداق تسعة أسماء: الصداق، والصدقة، والمهر، والنحلة، والفريضة، والأجر، والعلائق، والعقر، والحباء. روي عن النبي ﷺ أنه قال: «أدوا العلائق. قيل: يا رسول الله، وما العلائق؟ قال: ما يتراضى به الأهلون» وقال عمر: «لها عقر نسائها، وقال مهلهل:

أنكحها فقدها الأراقم ... في جنب، وكان الحباء من أدم
لو بأبانين جاء يخطبها ... خضب ماء وجه خاطب بدم

يقال: أصدقت المرأة ومهرتها، ولا يقال: أمهرتها.

فصل: ويستحب أن لا يعرى النكاح عن تسمية الصداق. لأن النبي ﷺ كان يزوج بناته وغيرهن ويتزوج، فلم يكن يخلي ذلك من صداق وقال للذي زوجه الموهوبة «هل من شيء تصدقها؟ فالتمس ولم يجد، قال: التمس ولو خاتماً من حديد، فلم يجد شيئاً، فزوجه

إياها بما معه من القرآن» ولأنه أقطع للنزاع وللخلاف فيه وليس ذكره شرطاً. بدليل قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: ٢٣٦] وروي «أن رسول الله ﷺ زوج رجل امرأة ولم يسم لها مهراً».

مسألة: قال: (وإذا كانت المرأة بالغة رشيدة أو صغيرة عقد عليها أبوها. فأي صداق اتفقوا عليه فهو جائز، إذا كان شيئاً له نصف يحصل).

في هذه المسألة ثلاثة فصول:

أحدها: أن الصداق غير مقدر لا أقله ولا أكثره، بل كل ما كان مالاً جاز أن يكون صداقاً، وبهذا قال الحسن وعطاء وعمرو بن دينار وابن أبي ليلى والثوري والأوزاعي والليث والشافعي وإسحاق وأبو ثور وداود، وزوج سعيد بن المسيب ابنته بدرهمين. وقال «لو أصدقها سوطاً لحلت» وعن سعيد بن جبير والنخعي وابن شبرمة ومالك وأبي حنيفة: هو مقدر الأقل. ثم اختلفوا فقال مالك وأبو حنيفة: أقله ما يقطع به السارق. وقال ابن شبرمة: خمسة دراهم. وعن النخعي: أربعون درهماً. وعنه عشرون. وعنه رطل من الذهب. وعن سعيد بن جبير خمسون درهماً، واحتج أبو حنيفة بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا مهر أقل من عشرة دراهم» ولأنه يستباح به عضو، فكان مقدراً كالذي يقطع به السارق.

ولنا: قول النبي ﷺ للذي زوجه: «هل عندك من شيء تصدقها؟ قال: لا أجد. قال: التمس ولو خاتماً من حديد» متفق عليه. وعن عامر بن ربيعة: «أن امرأة من بني فزارة تزوجت على نعلين. فقال رسول الله ﷺ: أرضيت من نفسك ومالك بنعلين؟ قالت: نعم فأجازه» أخرجه أبو داود والترمذي، وقال: حديث حسن صحيح. وعن جابر أن رسول الله ﷺ قال «لو أن رجلاً أعطى امرأة صداقاً ملء يده طعاماً كانت له حلالاً» رواه الإمام أحمد في المسند. وفي لفظ عن جابر، قال «كنا ننكح على عهد رسول الله ﷺ على القبضة من الطعام» رواه الأثرم. ولأن قول الله عز وجل: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم﴾ [النساء: ٢٤] يدخل فيه القليل والكثير، ولأنه بدل منفعتها. فجاز ما تراضيا عليه من المال، كالعشرة وكالأجرة. وحديثهم غير صحيح. رواه ميسرة بن عبيد وهو ضعيف عن الحجاج بن أرطأة، وهو مدلس. ورووه عن جابر. وقد روينا عنه خلافه، أو نحمله على مهر امرأة بعينها. أو على الاستحباب، وقياسهم لا يصح. فإن النكاح استباحة الانتفاع بالجملة، والقطع إتلاف عضو دون استباحته، وهو عقوبة وحد. وهذا عوض. فقياسه على الأعواض أولى.

وأما أكثر الصداق فلا توقيت فيه بإجماع أهل العلم. قاله ابن عبد البر. وقد قال الله

عز وجل: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَاراً فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً﴾ [النساء: ٢٠] وروى أبو حفص بإسناده «أن عمر أصدق أم كلثوم ابنة علي أربعين ألفاً» وعن عمر رضي الله عنه أنه قال: «خرجت وأنا أريد أن أنهى عن كثرة الصداق فذكرت هذه الآية: ﴿وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَاراً فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً﴾ [النساء: ٢٠] وقال أبو صالح القنطار مائة رطل. وقال أبو سعيد الخدري: ملء مسك ثور ذهباً. وعن مجاهد سبعون ألف مثقال.

فصل: ويستحب أن لا يغلى الصداق: لما روي عن عائشة عن النبي ﷺ أنه قال: «أعظم النساء بركة أيسرهن مؤنة» رواه أبو حفص بإسناده. وعن أبي العجفاء قال قال عمر رضي الله عنه «ألا لا تغلوا صداق النساء، فإنه لو كان مكرمة في الدنيا أو تقوى عند الله، كان أولاكم بها رسول الله ﷺ ما أصدق رسول الله ﷺ امرأة من نسائه، ولا أصدقت امرأة من بناته أكثر من اثنتي عشرة أوقية. وإن الرجل ليغلي بصدقة امرأته حتى يكون لها عداوة في قلبه، وحتى يقول: كلفت لكم علق القربة» أخرجه النسائي وأبو داود مختصراً. وعن أبي سلمة قال: «سألت عائشة عن صداق النبي ﷺ؟ فقالت: اثنتا عشرة أوقية ونش. فقلت: وما نش؟ قالت: نصف أوقية» أخرجاه أيضاً، والأوقية أربعون درهماً. فلا تستحب الزيادة على هذا. لأنه إذا كثر ربما تعذر عليه فيتعرض للضرر في الدنيا والآخرة.

فصل: وكل ما جاز ثمناً في البيع أو أجرة في الإجارة من العين والدين، والحال والمؤجل والقليل والكثير، ومنافع الحر والعبد وغيرهما. جاز أن يكون صداقاً. وقد روى الدارقطني بإسناده قال: قال رسول الله ﷺ: «أنكحوا الأيامى وأدوا العلائق. قيل: ما العلائق يا رسول الله؟ قال: ما تراضى عليه الأهلون، ولو قضيباً من أراك» ورواه الجوزجاني. وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة: منافع الحر لا تكون صداقاً. لأنها ليست مالاً. وإنما قال الله تعالى: ﴿أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤].

ولنا: قول الله تعالى: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ﴾ [القصص: ٢٧] والحديث الذي ذكرناه. ولأنها منفعة يجوز العوض عنها في الإجارة، فجازت صداقاً كمنفعة العبد، وقولهم: ليست مالاً ممنوع، فإنها تجوز المعاوضة عنها وبها. ثم إن لم تكن مالاً فقد أجريت مجرى المال في هذا فكذلك في النكاح، وقد نقل مهنا عن أحمد: إذا تزوجها على أن يخدمها سنة أو أكثر، كيف يكون هذا؟ قيل له: فامرأة لها ضياع وأرضون لا تقدر على أن تعمرها؟ قال: لا يصلح هذا. قال أبو بكر: إن كانت الخدمة معلومة جاز، وإن كانت مجهولة لا تضبط فلها صداق مثلها. كأنه تأول مسألة مهنا

على أن الخدمة مجهولة فلذلك لم يصح، ونقل أبو طالب عن أحمد: التزويج على بناء الدار وخياطة الثوب وعمل شيء جائز لأنه معلوم يجوز أخذ العوض عنه. فجاز أن يكون صداقاً كالأعيان، ولو تزوجها على أن يأتيها بعبدها الآبق من مكان معين صح. لأنه عمل معلوم يجوز أخذ الأجرة عنه، وإن أصدقها الإتيان به أين كان لم يصح لأنه مجهول.

فصل: ولو نكحها على أن يحج بها لم تصح التسمية، وبهذا قال الشافعي وقال النخعي ومالك والثوري والأوزاعي وأصحاب الرأي وأبو عبيد: يصح.

ولنا: إن الحملان مجهول لا يوقف له على حد فلم يصح، كما لو أصدقها شيئاً. فعلى هذا لها مهر المثل وكذلك كل موضع قلنا لا تصح التسمية.

فصل: وإن أصدقها خياطة ثوب بعينه فهلك الثوب لم تفسد التسمية ولم يجب مهر المثل. لأن تعذر تسليم ما أصدقها بعينه لا يوجب مهر المثل كما لو أصدقها قفيز حنطة فهلك قبل تسليمه. ويجب عليه أجر مثل خياطته. لأن المعقود على العمل فيه تلف فوجب الرجوع إلى عوض العمل، كما لو أصدقها تعليم عبدها صناعة فمات قبل التعليم، وإن عجز عن خياطته مع بقاء الثوب لمرض أو نحوه فعليه أن يقيم مقامه من يخيطه، وإن طلقها قبل خياطته قبل الدخول فعليه خياطة نصفه، وإن أمكن معرفة نصفه، وإن لم يمكن فعليه نصف أجر خياطته إلا أن يبذل خياطة أكثر من نصفه بحيث يعلم أنه قد خاط النصف يقيناً، وإن كان الطلاق بعد خياطته رجع عليها بنصف أجره.

فصل: وإن أصدقها تعليم صناعة أو تعليم عبدها صناعة صح. لأنه منفعة معلومة يجوز بذل العوض عنها. فجاز جعلها صداقاً كخياطة ثوبها، وإن أصدقها تعليمه أو تعليمها شعراً مباحاً معيناً أو فقهاً أو لغة أو نحواً أو غير ذلك من العلوم الشرعية التي يجوز أخذ الأجرة على تعليمها جاز، وصحت التسمية. لأنه يجوز أخذ الأجرة عليه فجاز صداقاً كمنافع الدار.

فصل: فأما تعليم القرآن فاختلفت الرواية عن أحمد في جعله صداقاً. فقال في موضع: أكرهه وقال في موضع: لا بأس أن يتزوج المرأة على أن يعلمها سورة من القرآن، أو على نعلين. وهذا مذهب الشافعي قال أبو بكر في المسألة قولان: يعني روايتين، قال: واختياري أنه لا يجوز. وهو مذهب مالك والليث وأبي حنيفة ومكحول وإسحاق، واحتج من أجازه بما روى سهل بن سعد الساعدي «أن رسول الله ﷺ: جاءته امرأة، فقالت: إني وهبت نفسي لك، فقامت طويلاً، فقال رجل: يا رسول الله زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة فقال: هل عندك من شيء تصدقها؟ فقال: ما عندي إلا إزاري. فقال رسول الله ﷺ. إزارك، إن أعطيتها جلست ولا إزار لك، فالتمس شيئاً، قال لا أجد. قال التمس ولو خاتماً من حديد، فالتمس فلم يجد شيئاً فقال رسول الله ﷺ زوجتكها بما

معك من القرآن» متفق عليه. ولأنها منفعة معينة مباحة فجاز جعلها صداقاً كتعليم قصيدة من الشعر المباح.

ووجه الرواية الأخرى: أن الفروج لا تستباح إلا بالأموال لقوله تعالى: ﴿أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوالِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] وقوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ [النساء: ٢٥] والطول المال، وقد روي «أن رسول الله ﷺ زوج رجلاً على سورة من القرآن ثم قال: لا تكون لأحد بعدك مهراً» رواه النجاد بإسناده، ولأن تعليم القرآن لا يجوز أن يقع إلا قربة لفاعله. فلم يصح أن يكون صداقاً كالصوم والصلاة وتعليم الإيمان. ولأن التعليم من المعلم والمتعلم مختلف ولا يكاد ينضبط. فأشبه الشيء المجهول. فأما حديث الموهوبة فقد قيل: معناه أنكحتها بما معك من القرآن، أي زوجتكها، لأنك من أهل القرآن كما زوج أبا طلحة على إسلامه. فروى ابن عبد البر بإسناده عن أنس «أن أبا طلحة أتى أم سليم يخطبها قبل أن يسلم، فقالت: أتزوج بك وأنت تعبد خشبة نحتها عبد بني فلان؟ إن أسلمت تزوجت بك قال فأسلم أبو طلحة، فتزوجها على إسلامه، وليس في الحديث الصحيح ذكر التعليم، ويحتمل أن يكون خاصاً لذلك الرجل. بدليل ما رواه النجاد[1] ولا تفريع على هذه الرواية، فأما على الأخرى فلا بد من تعيين ما يعلمها إياه إما سورة معينة أو سوراً أو آيات بعينها لأن السور تختلف وكذلك الآيات، وهل تحتاج إلى تعيين قراءة مرتبة؟ فيه وجهان: **أحدهما**: يحتاج إلى ذلك لأن الأغراض تختلف والقراءات تختلف فمنها صعب كقراءة حمزة وسهل فأشبه تعيين الآيات.

والثاني: لا يفتقر إلى التعيين لأن هذا اختلاف يسير وكل حرف ينوب مناب صاحبه ويقوم مقامه ولذلك لم يعين النبي ﷺ للمرأة قراءة وقد كانوا يختلفون في القراءة أشد من اختلاف القراء اليوم فأشبه ما لو أصدقها قفيزاً من صبرة وللشافعي في هذا وجهان كهذين.

فصل: فإن أصدقها تعليم سورة لا يحسنها نظرت فإن قال أحصل لك تعليم هذه السورة صح لأن هذه منفعة في ذمته لا تختص به فجاز أن يستأجر عليها من لا يحسنها كالخياطة إذا استأجر من يحصلها له وإن قال على أن أعلمك فذكر القاضي في الجامع أنه لا يصح لأنه تعين بفعله وهو لا يقدر عليه فأشبه ما لو استأجر من لا يحسن الخياطة ليخيط له، وذكر في المجرد أنه يحتمل الصحة لأن هذه تكون في ذمته فأشبه ما لو أصدقها مالاً في ذمته لا يقدر عليه في الحال.

---

(١) يا سبحان الله! يصحح الحديث قبل سطور.(ويستدل به هناك ثم يتمحل هنا لرده، لأنه بما روى النجاد فلاناً لم يقل به. لقد كان الواجب أن يؤخذ بالحديث المتفق على صحته كما ثبت عن رسول الله ﷺ. وهو الهدى الذي لا ينبغي العدول عنه إلى قول أحد كائناً من كان. وكتبه محمد حامد الفقي.

فصل: فإن جاءته بغيرها فقالت علمه السورة التي تريد تعليمي إياها لم يلزمه لأن المستحق عليه العمل في عين فلم يلزمه إيقاعه في غيره كما لو استأجرته لخياطة ثوبها فأتته بغيره فقالت خط هذا ولأن المتعلمين يختلفون في التعليم اختلافاً كثيراً ولأن له غرضاً في تعليمها فلا يجبر على تعليم غيرها، وإن أتاها بغيره يعلمها لم يلزمها قبول ذلك لأن المعلمين يختلفون في التعليم، ولأن لها غرضاً في التعليم منه لكونه زوجها تحل له ويحل لها ولأنه لما يلزمه تعليم غيرها لم يلزمها التعليم من غيره قياساً لأحدهما على الآخر.

فصل: فإن تعلمتها من غيره أو تعذر عليه تعليمها فعليه أجر تعليمها فإن اختلفا فقال علمتكيها فأنكرت فالقول قولها لأن الأصل عدم تعليمها، وفيه وجه آخر: إنهما إن اختلفا بعد أن تعلمتها فالقول قوله لأن الظاهر معه، وإن علمها السورة ثم أنسيتها فلا شيء عليه لأنه قد وفى لها بما شرط وإنما تلف الصداق بعد القبض، وإن لقنها الجميع وكلما لقنها آية أنسيتها لم يعتد بذلك تعليماً لأن ذلك لا يعد تعليماً ولو جاز ذلك لأفضى إلى أنه متى قرأها فقرأتها بلسانها من غير حفظ كان تلقيناً. ويحتمل أن يكون ذلك تلقيناً لأنه قد لقنها الآية وحفظتها، فأما ما دون الآية فليس بتلقين وجهاً واحداً.

فصل: فإن طلقها قبل الدخول بعد تعليمها السورة رجع عليها بنصف أجر تعليمها لأن الطلاق قبل الدخول يوجب الرجوع بنصف الصداق وإن لم يكن علمها ففيه وجهان: **أحدهما:** عليه نصف أجر تعليمها لأنها قد صارت أجنبية فلا يؤمن في تعليمها الفتنة. **والثاني:** يباح له تعليمها من وراء حجاب من غير خلوة بها كما يجوز له سماع كلامها في المعاملات، وإن كان الطلاق بعد الدخول ففي تعليمها السورة الوجهان، وإن أصدقها رد عبدها من مكان معين فطلقها قبل الدخول وقبل الرد فعليه نصف أجر الرد لأنه لا يمكنه نصف الرد وإن طلقها بعد الرد رجع عليها بنصف أجره.

فصل: ولو أصدق الكتابية تعليم سورة من القرآن لم يجز ولها مهر المثل وقال الشافعي يصح لقول الله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يَسْمَعَ كَلَامَ ٱللَّهِ﴾ [التوبة: ٦].

ولنا: إن الجنب يمنع قراءة القرآن مع إيمانه واعتقاده أنه حق فالكافر أولى وقد قال النبي ﷺ «لا تسافروا بالقرآن إلى أرض العدو مخافة أن تناله أيديهم» فالتحفيظ أولى أن يمنع منه، فأما الآية التي احتجوا بها فلا حجة لهم فيها فإن السماع غير الحفظ، وإن أصدقها أو أصدق المسلمة تعليم شيء من التوراة والإنجيل لم يصح في المذهبين لأنه مبدل مغير، ولو أصدق الكتابي الكتابية شيئاً من ذلك كان كما لو أصدقها محرماً.

الفصل الثاني: أن الصداق ما اتفقوا عليه ورضوا به لقول الله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُم بِهِ مِنۢ بَعْدِ ٱلْفَرِيضَةِ﴾ [النساء: ٢٤] وقال النبي ﷺ: «العلائق ما تراضى

عليه الأهلون» ولأنه عقد معاوضة فيعتبر رضا المتعاقدين كسائر عقود المعاوضات، فإن كان الولي الأب فمهما اتفق هو الزوج عليه جاز أن يكون صداقاً قليلاً كان أو كثيراً بكراً كانت أو ثيباً صغيرة كانت أو كبيرة على ما أسلفناه فيما مضى. ولذلك زوج شعيب عليه السلام موسى عليه السلام ابنته وجعلا الصداق إجارة ثماني حجج من غير مراجعة الزوجة، وإن كان الولي غير الأب اعتبر رضا المرأة والزوج لأن الصداق لها وهو عوض منفعتها. فأشبه أجر دارها وصداق أمتها، فإن لم يستأذنها الولي في الصداق فحكمه حكم الوكيل المطلق في البيع إن جعل الصداق مهر المثل فما زاد صح ولزم وإن نقص عنه فلها مهر المثل.

الفصل الثالث: أن الصداق لا يكون إلا مالاً لقول الله تعالى: ﴿أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] ويشترط أن يكون له نصف يتمول عادة بحيث إذا طلقها قبل الدخول بقي لها من النصف مال حلال. وهذا معنى قول الخرقي «له نصف يحصل» وما لا يجوز أن يكون ثمناً في البيع كالمحرم والمعدوم والمجهول وما لا منفعة فيه وما لا يتم ملكه عليه كالمبيع من المكيل والموزون قبل قبضه وما لا يقدر على تسليمه كالطير في الهواء والسمك في الماء، وما لا يتعول عادة كحبة حنطة وقشرة جوزة لا يجوز أن يكون صداقاً، لأنه نقل للملك فيه بعوض فلم يجز فيه ما ذكرناه كالمبيع، ويعتبر أن يكون نصفه مما يتمول عادة ويبذل العوض في مثله عرفاً، لأن الطلاق يعرض فيه قبل الدخول فلا يبقى للمرأة إلا نصفه، فيجب أن يكون لها مال تنتفع به ويعتبر نصف القيمة لا نصف عين الصداق فإنه لو أصدقها عبداً جاز وإن لم تمكن قسمته.

مسألة: قال: (وإذا أصدقها عبداً بعينه فوجدت به عيباً فردته فلها عليه قيمته).

وجملة ذلك: أن الصداق إذا كان معيناً فوجدت به عيباً فلها رده كالمبيع المعيب ولا نعلم في هذا خلافاً إذا كان العيب كثيراً فإن كان يسيراً فحكي عن أبي حنيفة أنه لا يرد به.

ولنا: إنه عيب يرد به المبيع فرد به الصداق كالكثير وإذا رد به فلها قيمته لأن العقد لا ينفسخ برده فيبقى سبب استحقاقه فيجب عليه قيمته كما لو غصبها إياه فأتلفه، وإن كان الصداق مثلياً كالمكيل والموزون فردته فلها عليه مثله لأنه أقرب إليه، وإن اختارت إمساك المعيب وأخذ أرشه فلها ذلك في قياس المذهب، وإن حدث به عيب عندها ثم وجدت به عيباً فخيرت بين أخذ أرشه وبين رده ورد أرش عيبه لأنه عوض في عقد معاوضة فيثبت فيه ذلك كالمبيع، وسائر فروع الرد بالعيب فيثبت فيها ها هنا مثل ما يثبت في البيع لما ذكرنا.

فصل: وإن شرطت في الصداق صفة مقصودة كالكتابة والصناعة فبان بخلافها فلها الرد كما ترد به في البيع وهكذا إن دلسه تدليساً يرد به المبيع مثل تحمير وجه الجارية وتسويد

شعرها وتجعيده وتضمير الماء على الحجر وأشباه ذلك فلها الرد به، وإن وجدت الشاة مصراة فلها ردها ورد صاع من تمر قياساً على البيع، وقد نقل مهنا عن أحمد فيمن تزوج امرأة على ألف ذراع فإذا هي تسعمائة: هي بالخيار إن شاءت أخذت الدار، وإن شاءت أخذت قيمة ألف ذراع والنكاح جائز وهذا فيما إذا أصدقها داراً بعينها على أنها ألف ذراع فخرجت تسعمائة فهذا كالعيب في ثبوت الرد لأنه شرط شرطاً مقصوداً فبان بخلافه. فأشبه ما لو شرط العبد كاتباً فبان بخلافه وجوز أحمد الإمساك لأن المرأة رضيت بها ناقصة ولم يجعل لها مع الإمساك أرشاً لأن ذلك ليس بعيب، ويحتمل أن لها الرجوع بقيمة نقصها أو ردها وأخذ قيمتها.

مسألة: قال: (وكذلك إذا تزوجها على عبد فخرج حراً أو استحق سواء سلمه إليها أو لم يسلمه).

وجملة ذلك: أنه إذا تزوجها على عبد بعينه تظنه عبداً مملوكاً فخرج حراً أو مغصوباً فلها قيمته وبهذا قال أبو يوسف والشافعي في قديم قوليه، وقال في الجديد لها مهر المثل. وقال أبو حنيفة ومحمد في المغصوب كقولنا. وفي الحر كقوله لأن العقد تعلق بعين الحر بإشارته إليه فأشبه ما لو علماه حراً.

ولنا: إن العقد وقع على التسمية فكانت لها قيمته كالمغصوب ولأنها رضيت بقيمته، إذ ظنته مملوكاً فكان لها قيمته كما لو وجدته معيباً فردته، بخلاف ما إذا قال أصدقتك هذا الحر أو هذا المغصوب فإنها رضيت بلا شيء لرضاها بما تعلم أنه ليس بمال أو بما لا يقدر على تمليكه إياها فكان وجود التسمية كعدمها فكان لها مهر المثل وقول الخرقي «سواء سلمه إليها أو لم يسلمه» يعني أن تسليمه لا يفيد شيئاً لأنه سلم ما لا يجوز تسليمه ولا تثبت اليد عليه فكان وجوده كعدمه.

فصل: فإن أصدقها مثلياً فبان مغصوباً فلها مثله لأن المثل أقرب إليه ولهذا يضمن به في الإتلاف وإن أصدقها جرة خل فخرجت خمراً أو مغصوبة فلها مثل ذلك خلاً لأن الخل من ذوات الأمثال وهذا مذهب أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي وقال القاضي لها قيمته لأن الخمر ليس بمال ولا من ذوات الأمثال. والصحيح ما قلناه لأنه سماه خلاً فرضيت به على ذلك فكان لها بدل المسمى كالحر وما ذكره يبطل بما إذا أصدقها عبداً فبان حراً ولأنه إن أوجب قيمة الخمر فالخمر لا قيمة له وإن أوجب قيمة الخل فقد اعتبر التسمية في إيجاب قيمته ففي إيجاب مثله أولى.

فصل: فإن قال أصدقتك هذا الخمر وأشار إلى الخل أو عبد فلان هذا وأشار إلى عبده صحت التسمية ولها المشار إليه لأن المعقود عليه يصح العقد عليه فلا يختلف حكمه

باختلاف صفته كما لو قال بعتك هذا الأسود وأشار إلى أبيض أو هذا الطويل وأشار إلى قصير.

فصل: وإن تزوجها على عبدين فخرج أحدهما حراً أو مغصوباً صح الصداق في تملكه ولها قيمة الآخر. نص عليه أحمد، وإن كان عبداً واحداً فخرج نصفه حراً أو مغصوباً فلها الخيار بين رده وأخذ قيمته وبين إمساك نصفه وأخذ قيمة باقيه. نص عليه أحمد لأن الشركة عيب فكان لها الفسخ كما لو وجدته معيباً، فإن قيل: فلم لا تقولون ببطلان التسمية في الجميع وترجع بالقيمة كلها في المسألتين كما في تفريق الصفقة؟ قلنا إن القيمة بدل إنما يصار إليها عند العجز عن الأصل وها هنا العبد المملوك مقدور عليه ولا عيب فيه وهو مسمى في العقد فلا يجوز الرجوع إلى بدله. أما تفريق الصفقة فإنه إذا بطل العقد في الجميع صرنا إلى الثمن وليس هو بدلاً عن المبيع، وإنما انفسخ العقد فرجع في رأس ماله، وها هنا لا ينفسخ العقد وإنما رجع إلى قيمة الحر منهما لتعذر تسليمه فلا وجه لإيجاب قيمته، وأما إذا كان نصفه حراً ففيه عيب فجاز رده بعيبه. وقال أبو حنيفة إذا أصدقها عبدين فإذا أحدهما حر فلها العبد وحده صداقاً ولا شيء لها سواء.

ولنا: إنه أصدقها حراً فلم تسقط تسميته إلى غير شيء. كما لو كان منفرداً.

(آخر الجزء الرابع من ربع النكاح من أجزاء الشيخ رحمه الله).

مسألة: قال: (وإذا تزوجها على أن يشتري لها عبداً بعينه فلم يبع أو طلب فيه أكثر من قيمته أو لم يقدر عليه فلها قيمته).

نص أحمد على هذا في رواية الأثرم. وقال الشافعي لا تصح التسمية ولها مهر المثل لأنه جعل ملك غيره عوضاً فلم يصح كالبيع.

ولنا: إنه أصدقها تحصيل عبد معين فصح كما لو تزوجها على رد عبدها الآبق من مكان معلوم، ولا نسلم أنه جعل ملك غيره عوضاً وإنما العوض تحصيله وتمليكها إياه. إذا ثبت هذا فإنه إذا قدر عليه بثمن مثله لزمه تحصيله ودفعه إليها وإن جاءها بقيمته لم يلزمها قبوله لأنه قدر على دفع صداقها إليها فلزمه كما لو أصدقها عبداً يملكه، وإن لم يبعه سيده أو تعذر عليه الوصول إليه لتلفه أو غير ذلك أو طلب فيه أكثر من قيمته فلها قيمته لأنه تعذر الوصول إلى قبض المسمى المتقوم فوجبت قيمته كما لو تلف، وإن كان الذي جعل لها مثلياً فتعذر شراؤه وجب لها مثله لأن المثل أقرب إليه.

فصل: وإن تزوجها على عبد موصوف في الذمة صح لأنه يصح أن يكون عوضاً في البيع. فإن جاءها بقيمته لم يلزمها قبولها. وبهذا قال الشافعي واختاره أبو الخطاب وقال القاضي يلزمها قبولها قياساً على الإبل في الدية.

ولنا: إنها استحقت عليه عبداً بعقد معاوضة فلم يلزمها أخذ قيمته كالمسلم فيه. ولأنه عبد وجب صداقاً فأشبه ما لو كان معيباً وأما الدية فلا يلزم أخذ قيمة الإبل وإنما الأثمان أصل في الدية كما أن الإبل أصل فيتخير بين دفع أي الأصول شاء فيلزم الولي قبوله لا على طريق القيمة بخلاف مسألتنا ولأن الدية خارجة عن القياس فلا يناقض بها ولا يقاس عليها. ثم قياس العوض على سائر الأعواض أولى من قياسه على غير عقود المعاوضات ثم ينتقض بالعبد المعين.

فصل: وإن تزوجها على أن يعتق أباها صح نص عليه أحمد فإن طلب به أكثر من قيمته أو لم يقدر عليه فلها قيمته. وهذا قول الشعبي ووجهه ما تقدم فإن جاءها بقيمته مع إمكان شرائه لم يلزمها قبولها لما ذكرنا ولأنه يفوت عليها العوض في عتق أبيها.

فصل: ولا يصح الصداق إلا معلوماً يصح بمثله البيع وهذا اختيار أبي بكر ومذهب الشافعي. وقال القاضي يصح مجهولاً ما لم تزد جهالته على مهر المثل لأن جعفر بن محمد نقل عن أحمد في رجل تزوج امرأة على ألف درهم وخادم فطلقها قبل أن يدخل بها: يقوم الخادم وسطاً على قدر ما يخدم مثلها ونحو هذا قول أبي حنيفة، فعلى هذا إذا تزوجها على عبد أو أمة أو فرس أو بعل أو حيوان من جنس معلوم أو ثوب هروي أو مروي وما أشبهه مما يذكر جنسه فإنه يصح ولها الوسط وكذلك قفيز حنطة وعشرة أرطال زيت، وإن كانت الجهالة تزيد على جهالة المهر كثوب أو دابة أو حيوان أو على حكمها أو على حكمه أو حكم أجنبي أو على حنطة أو شعير أو زيت أو على ما اكتسبه في العام لم يصح لأنه لا سبيل إلى معرفة الوسط فيتعذر تسليمه، وفي الأول يصح لقول النبي ﷺ: «العلائق ما تراضى عليه الأهلون» وهذا قد تراضوا عليه، ولأنه موضع يثبت فيه الحيوان في الذمة بدلاً عما ليس المقصود فيه المال فثبت مطلقاً كالدية، ولأن جهالة التسمية ها هنا أقل من جهالة مهر المثل لأنه يعتبر بنسائها ممن يساويها في صفاتها وبلدها وزمانها ونسبها، ثم لو تزوجها على مهر مثلها صح فها هنا مع قلة الجهل فيه أولى. ويفارق البيع فإنه لا تحتمل فيه الجهالة بحال. وقال مالك يصح مجهولاً لأن ذلك ليس بأكثر من ترك ذكره، وقال أبو الخطاب إن تزوجها على عبد من عبيده أو قميص من قمصانه أو عمامة من عمائمه ونحو ذلك صح لأن أحمد قال في رواية مهنا فيمن تزوج على عبد من عبيده جائز فإن كانوا عشرة عبيد تعطى من أوسطهم فإن تشاحا أقرع بينهم قلت وتستقيم القرعة في هذا؟ قال نعم ووجهه أن الجهالة ها هنا يسيرة ويمكن التعيين بالقرعة بخلاف ما إذا أصدقها عبداً مطلقاً فإن الجهالة تكثر فلا يصح.

ولنا: إن الصداق عوض في عقد معاوضة فلم يصح مجهولاً كعوض البيع والإجارة ولأن المجهول لا يصلح عوضاً في البيع فلم تصح تسميته كالمحرم، وكذا لو زادت جهالته على مهر المثل، وأما الخبر فالمراد به ما تراضوا عليه مما يصلح عوضاً بدليل سائر ما لا

يصلح، وأما الدية فإنها تثبت بالشرع لا بالعقد وهي خارجة عن القياس في تقديرها ومن وجبت عليه فلا ينبغي أن تجعل أصلاً، ثم إن الحيوان الثابت فيها موصوف بسنه مقدر بقيمته، فكيف يقاس عليه العبد المطلق في الأمرين؟ ثم ليست عقداً، وإنما الواجب بدل متلف لا يعتبر فيه التراضي فهو كقيم المتلفات، فكيف يقاس عليها عوض في عقد يعتبر تراضيهما به؟ ثم إن قياس العوض في عقد معاوضة على عوض في معاوضة أخرى أصح وأولى من قياسه على بدل متلف، وأما مهر المثل فإنما يجب عند عدم التسمية الصحيحة كما تجب قيم المتلفات وإن كانت تحتاج إلى نظر، ألا ترى أنا نصير إلى مهر المثل عند التسمية ولا نصير إلى عبد مطلق، ولو باع ثوباً بعبد مطلق فأتلفه المشتري فإنا نصير إلى تقويمه ولا توجب العبد المطلق، ثم لا نسلم أن جهالة المطلق من الجنس الواحد دون جهالة مهر المثل. فإن العادة في القبائل والقرى أن يكون لنسائهم مهر لا يكاد يختلف إلا بالبكارة والثيوبة فحسب، فيكون إذاً معلوماً والوسط من الجنس يبعد الوقوف عليه لكثرة أنواع الجنس واختلافها واختلاف الأعيان في النوع الواحد. وأما تخصيص التصحيح بعبد من عبيده فلا نظير له يقاس عليه ولا نعلم فيه نصاً يصار إليه فكيف يثبت الحكم فيه بالتحكم؟ وأما نصوص أحمد على الصحة فتأولها أبو بكر على أنه تزوجها على عبد معين ثم أشكل عليه. إذا ثبت هذا فإن لها مهر المثل في كل موضع حكمنا بفساد التسمية. ومن قال بصحتها أوجب الوسط من المسمى والوسط من العبيد السندي لأن الأعلى التركي والرومي والأسفل الزنجي والحبشي والوسط السندي والمنصوري، قال القاضي وإن أعطاها قيمة العبد لزمها قبولها إلحاقاً بالإبل في الدية.

فصل: ويجوز أن يكون الصداق معجلاً ومؤجلاً وبعضه معجلاً وبعضه مؤجلاً لأنه عوض في معاوضة فجاز ذلك فيه كالثمن ثم إن أطلق ذكره اقتضى الحلول كما لو أطلق ذكر الثمن، وإن شرطه مؤجلاً إلى وقت فهو إلى أجله، وإن أجله ولم يذكر أجله فقال القاضي: المهر صحيح ومحله الفرقة فإن أحمد قال إذا تزوج على العاجل والآجل لا يحل الآجل إلا بموت أو فرقة. وهذا قول النخعي والشعبي. وقال الحسن وحماد بن أبي سليمان وأبو حنيفة والثوري وأبو عبيد يبطل الأجل ويكون حالاً، وقال إياس بن معاوية وقتادة: لا يحل حتى يطلق أو يخرج من مصرها أو يتزوج عليها وعن مكحول والأوزاعي والعنبري: يحل إلى سنة بعد دخوله بها، واختار أبو الخطاب أن المهر فاسد ولها مهر المثل وهو قول الشافعي لأنه عوض مجهول المحل ففسد كالثمن في البيع، ووجه القول الأول: أن المطلق يحمل على العرف والعادة في الصداق الآجل ترك المطالبة به إلى حين الفرقة فحمل عليه فيصير حينئذ معلوماً بذلك، فأما إن جعل الآجل مدة مجهولة كقدوم زيد ومجيء المطر ونحوه لم يصح لأنه مجهول، وإنما صح المطلق لأن أجله الفرقة بحكم العادة، وها هنا

صرفه عن العادة بذكر الأجل ولم يبينه فبقي مجهولاً، فيحتمل أن تبطل التسمية ويحتمل أن يبطل التأجيل ويحل.

مسألة: قال: (وإذا تزوجها على محرَّم وهما مسلمان ثبت النكاح وكان لها مهر المثل أو نصفه إن كان طلقها قبل الدخول).

في هذه المسألة ثلاث مسائل:

الأولى: أنه إذا سمى في النكاح صداقاً محرماً كالخمر والخنزير فالتسمية فاسدة والنكاح صحيح. نص عليه أحمد. وبه قال عامة الفقهاء منهم الثوري والأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي، وحكي عن أبي عبيد أن النكاح فاسد واختاره أبو بكر عبد العزيز قال لأن أحمد قال في رواية المروذي إذا تزوج على مال غير طيب فكرهه، فقلت: ترى استقبال النكاح؟ فأعجبه. وحكي عن مالك أنه إن كان بعد الدخول ثبت النكاح وإن كان قبله فسخ، واحتج من أفسده بأنه نكاح جعل الصداق فيه محرماً فأشبه نكاح الشغار.

ولنا: إنه نكاح لو كان عوضه صحيحاً كان صحيحاً فوجب أن يكون صحيحاً وإن كان عوضه فاسداً كما لو كان مغصوباً أو مجهولاً ولأنه عقد لا يفسد بجهالة العوض فلا يفسد بتحريمه كالخلع، ولأن فساد العوض لا يزيد على عدمه ولو عدم كان العقد صحيحاً فكذلك إذا فسد، وكلام أحمد في رواية المروذي محمول على الاستحباب، فإن مسألة المروذي في المال الذي ليس بطيب وذلك لا يفسد العقد بتسميته فيه اتفاقاً. وما حكي عن مالك لا يصح فإن ما كان فاسداً قبل الدخول فهو بعده فاسد، كنكاح ذوات المحارم، فأما إذا فسد الصداق لجهالته أو عدمه أو العجز عن تسليمه فإن النكاح ثابت لا نعلم فيه خلافاً، وقول الخرقي «وهما مسلمان» احتراز من الكافرين إذا عقد النكاح بمحرم فإن هذه قد مر تفصيلها.

المسألة الثانية: أنه يجب مهر المثل وهذا قول أكثر أهل العلم منهم مالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، وذلك لأن فساد العوض يقتضي رد المعوض وقد تعذر رده لصحة النكاح فيجب رد قيمته وهو مهر المثل كمن اشترى شيئاً بثمن فاسد فقبض المبيع وتلف في يده فإنه يجب عليه رد قيمته، فإن دخل بها استقر مهر المثل في قولهم جميعاً، وإن مات أحدهما فكذلك لأن الموت يقوم مقام الدخول في تكميل الصداق وتقريره، وقال أبو الخطاب فيه رواية أخرى لا يستقر بالموت إلا أن يكون قد فرضه لها، وإن طلق قبل الدخول فلها نصف مهر المثل وبهذا قال الشافعي، وقال أصحاب الرأي لها المتعة لأنه لو لم يسم لها صداقاً كان لها المتعة، فكذلك إذا سمى لها تسمية فاسدة لأن هذه التسمية كعدمها. وذكر القاضي في الجامع أنه لا فرق بين من لم يسم لها صداقاً وبين من سمى لها محرماً كالخمر أو مجهولاً كالثوب. وفي الجميع روايتان:

إحداهما: لها المتعة إذا طلقها قبل الدخول لأن ارتفاع العقد يوجب رفع ما أوجبه من العوض كالبيع، لكن تركناه في نصف المسمى لتراضيهما عليه فكان ما تراضيا عليه أولى، ففي مهر المثل يبقى على الأصل في أنه يرتفع وتجب المتعة.

والثانية: أن لها نصف مهر المثل لأن ما أوجبه عقد النكاح يتنصف بالطلاق قبل الدخول ومهر المثل قد أوجبه العقد فيتنصف به كالمسمى، والخرقي فرق بينهما فأوجب في التسمية الفاسدة نصف مهر المثل وفي المفوضة المتعة. وهو مذهب الشافعي لأن المفوضة رضيت بلا عوض وعاد إليها بضعها سليماً وإيجاب نصف المهر لها لا وجه له لأن الله تعالى أوجب لها المتعة ففي إيجاب نصف المهر جمع بينهما أو إسقاط للمتعة المنصوص عليها وكلاهما فاسد، وأما التي اشترطت لنفسها مهراً فلم ترض إلا بعوض ولم يحصل لها العوض الذي اشترطته فوجب لها بدل ما فات عليها من العوض وهو مهر المثل أو نصفه إن كان قبل الدخول، ولأن الأصل وجوب مهر المثل لأنه وجب بالعقد بدليل أنه يستقر بالدخول والموت وإنما خولف هذا في المفوضة بالنص الوارد فيها ففيما عداها يبقى على الأصل.

المسألة الثالثة: أنه إذا سمى لها تسمية فاسدة وجب مهر المثل بالغاً ما بلغ. وبه قال الشافعي وزفر وقال أبو حنيفة وصاحباه يجب الأقل من المسمى أو مهر المثل لأن البضع لا يقوم إلا بالعقد فإذا رضيت بأقل من مهر مثلها لم يقوم بأكثر مما رضيت به لأنها رضيت بإسقاط الزيادة.

ولنا: إن ما يضمن بالعقد الفاسد اعتبرت قيمته بالغاً ما بلغ كالمبيع. وما ذكروه فغير مسلم ثم لا يصح عندهم فإنه لو وطئها وجب مهر المثل ولو لم يكن له قيمة لم يجب فإن قيل إنما وجب لحق الله تعالى؟ قيل: لو كان كذلك لوجب أقل المهر ولم يجب مهر المثل.

مسألة: قال: (وإذا تزوجها على ألف لها وألف لأبيها كان ذلك جائزاً فإن طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف الألفين ولم يكن على الأب شيء مما أخذه).

وجملة الأمر: أنه يجوز لأبي المرأة أن يشترط شيئاً من صداق ابنته لنفسه وبهذا قال إسحاق، وقد روي عن مسروق أنه لما زوج ابنته اشترط لنفسه عشرة آلاف؟ فجعلها في الحج والمساكين، ثم قال للزوج: جهز امرأتك، وروي نحو ذلك عن علي بن الحسين، وقال عطاء وطاوس وعكرمة وعمر بن عبد العزيز والثوري وأبو عبيد يكون كل ذلك للمرأة. وقال الشافعي إذا فعل ذلك فلها مهر المثل وتفسد التسمية لأنه نقص من صداقها لأجل هذا الشرط الفاسد لأن المهر لا يجب إلا للزوجة لأنه عوض بضعها فيبقى مجبولاً لأننا نحتاج أن نضم إلى المهر ما نقص منه لأجل هذا الشرط وذلك مجهول فيفسد.

ولنا: قول الله تعالى في قصة شعيب عليه السلام: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَيَّ

هَاتَيْنِ عَلَىٰ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ﴾ [القصص: ٢٧] فجعل الصداق الإجارة على رعاية غنمه وهو شرط لنفسه، ولأن للوالد الأخذ من مال ولده بدليل قوله عليه السلام: «أنت ومالك لأبيك» وقوله: «إن أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من أموالهم» أخرجه أبو داود ونحوه الترمذي. وقال حديث حسن، فإذا شرط لنفسه شيئاً من الصداق يكون ذلك أخذاً من مال ابنته وله ذلك.

قولهم: إنه شرط فاسد. ممنوع، قال القاضي ولو شرط جميع الصداق لنفسه صح بدليل قصة شعيب فإنه شرط الجميع لنفسه، وإذا تزوجها على ألف لها وألف لأبيها فطلقت قبل الدخول رجع الزوج في الألف الذي قبضته ولم يكن على الأب شيء مما أخذ لأن الطلاق قبل الدخول يوجب نصف الصداق والألفان جميع صداقها فرجع عليها بنصفيهما وهو ألف ولم يكن على الأب شيء لأنه أخذ من مال ابنته ألفاً فلا يجوز الرجوع عليه به، وهذا فيما إذا كان قد أقبضها الألفين ولو طلقها قبل قبضهما سقط عن الزوج ألف وبقي عليه ألف للزوجة يأخذ الأب منها ما شاء.

وقال القاضي يكون بينهما نصفين وقال نقله مهنا عن أحمد لأنه شرط لنفسه النصف ولم يحل من الصداق إلا النصف، وليس هذا القول على سبيل الإيجاب فإن للأب أن يأخذ ما شاء ويترك ما شاء. وإذا ملك أن يأخذ من غير شرط فكذلك إذا شرط.

فصل: فإن شرط ذلك غير الأب من الأولياء كالجد والأخ والعم فالشرط باطل. نص عليه أحمد. وجميع المسمى لها ذكره أبو حفص وهو قول من سمينا في أول المسألة، وقال الشافعي يجب مهر المثل، وهكذا ذكر القاضي في المجرد لأن الشرط إذا بطل احتجنا أن نرد إلى الصداق ما نقصت الزوجة لأجله ولا يعرف قدره فيصير الكل مجهولاً فيفسد. وإن أصدقها ألفين على أن تعطي أخاها ألفاً فالصداق صحيح لأنه شرط لا يزاد في المهر من أجله ولا ينقص منه فلا يؤثر في المهر بخلاف التي قبلها.

ولنا: إن جميع ما اشترطه عوض في تزويجها فيكون صداقاً لها، كما لو جعله لها، وإذا كان صداقاً انتفت الجهالة، وهكذا لو كان الأب هو المشترط لكان الجميع صداقاً وإنما هو أخذ من مال ابنته لأن له ذلك، ويشترط أن لا يكون ذلك مجحفاً بمال ابنته، فإن كان مجحفاً بمالها لم يصح الشرط وكان الجميع لها، كما لو اشترطه سائر أوليائها. ذكره القاضي في المجرد.

فصل: فإن شرط لنفسه جميع الصداق ثم طلق قبل الدخول بعد تسليم الصداق إليه رجع في نصف ما أعطى الأب لأنه الذي فرضه لها فترجع في نصفه لقوله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] ويحتمل أن يرجع عليها بقدر نصفه، ويكون ما أخذه الأب له لأننا

قدرنا أن الجميع صار لها ثم أخذه الأب منها فتصير كأنها قبضته ثم أخذه منها، وهكذا لو أصدقها ألفاً لها وألفاً لأبيها ثم ارتدت قبل الدخول، فهل يرجع في الألف الذي قبضه الأب أو عليها؟ على وجهين.

مسألة: قال: (وإذا أصدقها عبداً صغيراً فكبر ثم طلقها قبل الدخول، فإن شاءت دفعت إليه نصف قيمته يوم وقع عليه العقد أو تدفع إليه نصفه زائداً إلا أن يكون يصلح صغيراً لما لا يصلح له كبيراً فيكون له عليها نصف قيمته يوم وقع عليه العقد إلا أن يشاء أخذ ما بذلته من نصفه).

في هذه المسألة أحكام: منها: أن المرأة تملك الصداق بالعقد، وهذا قول عامة أهل العلم، إلا أنه حكي عن مالك أنها لا تملك إلا نصفه. وروي عن أحمد ما يدل على ذلك، وقال ابن عبد البر: هذا موضع اختلف فيه السلف والآثار. وأما الفقهاء اليوم فعلى أنها تملكه، وقول النبي ﷺ: «إن أعطيتها إزارك. جلست ولا إزار لك» دليل على أن الصداق كله للمرأة لا يبقى للرجل منه شيء ولأنه عقد تملك به العوض بالعقد فملك فيه العوض كاملاً كالبيع، وسقوط نصفه بالطلاق لا يمنع وجوب جميعه بالعقد، ألا ترى أنها لو ارتدت سقط جميعه، وإن كانت قد ملكت نصفه إذا ثبت هذا، فإن نماءه وزيادته لها سواء قبضته أو لم تقبضه متصلاً كان أو منفصلاً، وإن كان مالاً زكائياً، حال عليه الحول، فزكاته عليها، نص عليه أحمد، وإن نقص بعد قبضها له أو تلف، فهو من ضمانها، ولو زكته ثم طلقت قبل الدخول كان ضمان الزكاة كلها عليها، وأما قبل القبض، فهو من ضمان الزوج، إن كان مكيلاً أو موزوناً. وأما غيرهما فإن منعها منه ولم يمكنها من قبضه فهو من ضمانه لأنه بمنزلة الغاصب، وإن لم يحل بينه وبينها فهل يكون من ضمانها أو من ضمانه؟ على وجهين بناء على المبيع، وقد ذكرنا حكمه في بابه. الحكم الثاني: أن الصداق يتنصف بالطلاق قبل الدخول لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] وليس في هذا اختلاف بحمد الله، وقياس المذهب أن نصف الصداق يدخل في ملك الزوج حكماً كالميراث لا يفتقر إلى اختياره وإرادته، فما يحدث من النماء يكون بينهما، وهو قول زفر، وذكر القاضي احتمالاً آخر: أنه لا يدخل في ملكه حتى يختار كالشفيع، وهو قول أبي حنيفة، وللشافعي قولان كالوجهين.

ولنا: قوله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] أي لكم أو لهن، فاقتضى ذلك أن النصف لها، والنصف له بمجرد الطلاق ولأن الطلاق سبب يملك به بغير عوض فلم يقف الملك على إرادته واختياره كالإرث ولأنه سبب لنقل الملك فنقل الملك بمجرده كالبيع وسائر الأسباب، ولا تلزم الشفعة، فإن سبب الملك فيها الأخذ بها، ومتى أخذ بها ثبت الملك من غير إرادته واختياره، وقبل الأخذ ما وجد السبب وإنما استحق بمباشرة

سبب الملك ومباشرة الأسباب موقوفة على اختياره، كما أن الطلاق مفوض إلى اختياره، فالأخذ بالشفعة نظير الطلاق وثبوت الملك للآخذ بالشفعة نظير ثبوت الملك للمطلق، فإن ثبوت الملك حكم لهما وثبوت أحكام الأسباب بعد مباشرتها لا يقف على اختيار أحد، ولا إرادته، فإن نقص الصداق في يد المرأة بعد الطلاق، فإن كان قد طالبها به فمنعته، فعليها الضمان لأنها غاصبة، وإن تلف قبل مطالبته فقياس المذهب أنه لا ضمان عليها، لأنه حصل في يدها بغير فعلها ولا عدوان من جهتها، فلم تضمنه كالوديعة وإن اختلفا في مطالبته لها فالقول قولها لأنها منكرة، وإن ادعى أن التلف أو النقص كان قبل الطلاق، وقالت بعده، فالقول أيضاً قولها لأنه يدعي ما يوجب الضمان عليها وهي تنكره، والقول قول المنكر، وظاهر قول أصحاب الشافعي: أن على المرأة الضمان لما تلف أو نقص في يدها بعد الطلاق لأنه حصل في يدها بحكم قطع العقد. فأشبه المبيع إذا ارتفع العقد بالفسخ.

ولنا: ما ذكرناه، وأما المبيع فيحتمل أن يمنع، وإن سلمنا فإن الفسخ إن كان منهما أو من المشتري فقد حصل منه التسبب إلى جعل ملك غيره في يده، وفي مسألتنا ليس من المرأة فعل، وإنما حصل ذلك بفعل الزوج وحده، فأشبه ما لو ألقى ثوبه في دارها بغير أمرها.

فصل: ولو خالع امرأته بعد الدخول ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل دخوله بها، فلها في النكاح الثاني نصف الصداق أو المسمى فيه، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: لها جميعه لأن حكم الوطء موجود فيه بدليل أنها لو أتت بولد لزمه.

ولنا: قول الله سبحانه: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] ولأنه طلاق من نكاح لم يمسها فيه، فوجب أن يتنصف به المهر، كما لو تزوجها بعد العدة، وما ذكره غير صحيح فإن لحوق النسب لا يقف على الوطء عنده ولا يقوم مقامه، فأما إن كان لم يدخل بها في النكاح الأول أيضاً فعليه نصف الصداق الأول ونصف الصداق الثاني بغير خلاف.

الحكم الثالث: أن الصداق إذا زاد بعد العقد لم يخل من أن تكون الزيادة غير متميزة كعبد يكبر أو يتعلم صناعة أو يسمن، أو متميزة كالولد والكسب والثمرة. فإن كانت متميزة أخذت الزيادة ورجع نصف الأصل، وإن كانت غير متميزة، فالخيرة إليها إن شاءت دفعت إليه نصف قيمته يوم العقد، لأن الزيادة لها لا يلزمها بدلها ولا يمكنها دفع الأصل بدونها فصرنا إلى نصف القيمة، وإن شاءت دفعت إليه نصفاً زائداً فيلزمه قبوله لأنها دفعت إليه حقه وزيادة لا تضر ولا تتميز، فإن كان محجوراً عليها لم يكن لها الرجوع إلا في نصف القيمة، لأن الزيادة لها، ولا يجوز لها ولا لوليها التبرع بشيء لا يجب عليها، وإن نقص الصداق بعد العقد فهو من ضمانها، ولا يخلو أيضاً من أن يكون النقص متميزاً أو غير

متميز، فإن كان متميزاً كعبدين تلف أحدهما، فإنه يرجع بنصف الباقي ونصف قيمة التالف أو مثل نصف التالف إن كان من ذوات الأمثال، وإن لم يكن متميزاً كعبد كان شاباً فصار شيخاً فنقصت قيمته أو نسي ما كان يحسن من صناعة أو كتابة أو هزل. فالخيار إلى الزوج، إن شاء رجع بنصف قيمته وقت ما أصدقها، لأن ضمان النقص عليها فلا يلزمه أخذ نصفه لأنه دون حقه، وإن شاء رجع بنصفه ناقصاً فتجبر المرأة على ذلك لأنه رضي أن يأخذ حقه ناقصاً، وإن اختار أن يأخذ أرش النقص مع هذا لم يكن له. هذا في ظاهر كلام الخرقي وقو قول أكثر الفقهاء. وقال القاضي: القياس أن له ذلك، كالمبيع يمسكه ويطالب بالأرش، وبما ذكرناه كله قال أبو حنيفة والشافعي، وقال محمد بن الحسن: الزيادة غير المتميزة تابعة للعين فله الرجوع فيها، لأنها تتبع في الفسوخ فأشبهت زيادة السوق.

ولنا: إنها زيادة حدثت في ملكها، فلم تنصف بالطلاق كالمتميزة، وأما زيادة السوق فليست ملكه، وفارق نماء المبيع لأن سبب الفسخ العيب وهو سابق على الزيادة وسبب تنصيف المهر الطلاق وهو حادث بعدها، ولأن الزوج يثبت حقه في نصف المفروض دون العين، ولهذا لو وجدها ناقصة كان له الرجوع إلى نصف مثلها أو قيمتها بخلاف المبيع المعيب، والمفروض لم يكن سميناً فلم يكن له أخذه، والمبيع تعلق حقه بعينه فتبعه ثمنه، فأما إن نقص الصداق من وجه وزاد من وجه، مثل أن يتعلم صنعة وينسى أخرى أو هزل وتعلم، ثبت الخيار لكل واحد منهما، وكان له الامتناع من العين والرجوع إلى القيمة، فإن اتفقا على نصف العين جاز، وإن امتنعت المرأة من بذل نصفها، فلها ذلك لأجل الزيادة، وإن امتنع هو من الرجوع في نصفها فله ذلك لأجل النقص، وإذا امتنع أحدهما رجع في نصف قيمتها.

فصل: فإن كانت العين تالفة وهي من ذوات الأمثال، رجع في نصف مثلها وإلا رجع في نصف قيمتها أقل ما كانت من حين العقد إلى حين القبض، أو إلى حين التمكين منه على ما ذكرنا من الاختلاف، لأن العين إن زادت فالزيادة لها تختص بها، وإن نقصت قبل ذلك فالنقص من ضمانه، وإن طلقها قبل قبض الصداق وقبل الدخول، وقد زادت زيادة منفصلة فهي لها تنفرد بها. وتأخذ نصف الأصل، وإن كانت الزيادة متصلة فلها الخيار بين أن تأخذ النصف ويبقى له النصف، وبين أن تأخذ الكل وتدفع إليه قيمة النصف غير زائد، وإن كان ناقصاً فلها الخيار بين أخذه ناقصاً وبين مطالبته بنصف قيمته غير ناقص.

فصل: إذا أصدقها نخلاً حائلاً فأطلعت ثم طلقها قبل الدخول فله نصف قيمتها وقت ما أصدقها. وليس له الرجوع في نصفها لأنها زائدة زيادة متصلة فأشبهت الجارية إذا سمنت، وسواء كان الطلع مؤبراً أو غير مؤبر لأنه متصل بالأصل ولا يجب فصله عنه في هذه الحال. فأشبه السمن وتعلم الصناعة. فإن بذلت له المرأة الرجوع فيها مع طلعها أجبر

على ذلك لأنها زيادة متصلة ولا يجب فصلها، وإن قال اقطعي ثمرتك حتى أرجع في نصف الأصل لم يلزمها لأن عرف هذه الثمرة أنها لا تؤخذ إلا بالجذاذ بدليل البيع ولأن حق الزوج انتقل إلى القيمة فلم يعد إلى العين إلا برضاها، فإن قالت المرأة أترك الرجوع حتى أجذ ثمرتي وترجع في نصف الأصل أو أرجع في الأصل وأمهلني حتى أقطع الثمرة أو قال الزوج أنا أصبر حتى إذا جذذت ثمرتك رجعت في الأصل أو قال أنا أرجع في الأصل وأصبر حتى تجذي ثمرتك لم يلزم واحداً منهما قبول قول الآخر. لأن الحق انتقل إلى القيمة فلم يعد إلى العين إلا برضاهما، ويحتمل أن يلزمها قبول ما عرض عليها لأن الضرر عليه. فأشبه ما لو بذلت له نصفها مع طلعها وكما لو وجد العين ناقصة فرضي بها، وإن تراضيا على شيء من ذلك جاز. والحكم في سائر الشجر كالحكم في النخل وإخراج النور في الشجر بمنزلة الطلع الذي لم يؤبر، وإن كانت أرضاً فحرثها فتلك زيادة محضة إن بذلتها له بزيادتها لزمه قبولها كالزيادات المتصلة كلها، وإن لم تبذلها دفعت نصف قيمتها وإن زرعتها فحكمها حكم النخل إذا أطلع إلا في موضع واحد وهو أنها إذا بذلت نصف الأرض مع نصف الزرع لم يلزمه قبوله بخلاف الطلع مع النخل. والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن الثمرة لا ينقص بها الشجر والأرض تنقص بالزرع وتضعف.

والثاني: أن الثمرة متولدة من النخل فهي تابعة له والزرع ملكها أودعته في الأرض فلا يجبر على قبوله، وقال القاضي: يجبر على قبوله كالطلع سواء وقد ذكرنا ما يقتضي الفرق ومسائل الغراس كمسائل الزرع. فإن طلقها بعد الحصاد ولم تكن الأرض زادت ولا نقصت رجع في نصفها، وإن نقصت بالزرع أو زادت به رجع في نصف قيمتها إلا أن يرضى بأخذها ناقصة أو ترضى هي ببذلها زائدة.

فصل: وإذا أصدقها خشباً فشقته أبواباً فزادت قيمته لم يكن له الرجوع في نصفه لزيادته ولا يلزمه قبول نصف لأنه نقص من وجه فإنه لم يبق مستعداً لما كان يصلح له من التسقيف وغيره، وإن أصدقها ذهباً أو فضة فصاغته حلياً فزادت قيمته فلها منعه من نصفه، وإن بذلت له النصف لزمه القبول لأن الذهب لا ينقص بالصياغة ولا يخرج عن كونه مستعداً لما كان يصلح له قبل صياغته، وإن أصدقها دنانير أو دراهم أو حلياً فكسرته ثم صاغته على غير ما كان عليه لم يلزمه قبول نصفه لأن نقص في يدها ولا يلزمها بذل نصفه لزيادة الصناعة التي أحدثتها فيه، وإن عادت الدنانير والدراهم إلى ما كانت عليه فله الرجوع في نصفها وليس له طلب قيمتها لأنها عادت إلى ما كانت عليه من غير نقص ولا زيادة فأشبه ما لو أصدقها عبداً فمرض ثم برىء، وإن صاغت الحلي على ما كان عليه ففيه وجهان:

أحدهما: له الرجوع كالدراهم إذا أعيدت. **والثاني:** ليس له الرجوع في نصفه لأنها

جددت فيه صناعة. فأشبه ما لو صاغته على صفة أخرى، ولو أصدقها جارية فهزلت ثم سمنت فعادت إلى حالتها الأولى فهل يرجع في نصفها؟ على وجهين.

فصل: وحكم الصداق حكم البيع في أن ما كان مكيلاً أو موزوناً لا يجوز لها التصرف فيه قبل قبضه، وما عداه لا يحتاج إلى قبض ولها التصرف فيه قبل قبضه، وقال القاضي وأصحابه: ما كان متعيناً فلها التصرف فيه وما لم يكن متعيناً كالقفيز من صبرة والرطل من زيت من دن لا تملك التصرف فيه حتى تقبضه كالمبيع، وقد ذكرنا في المبيع رواية أخرى: أنها لا تملك التصرف في شيء منه قبل قبضه وهذا مذهب الشافعي وهذا أصل ذكر في البيع، وذكر القاضي في موضع آخر أن ما لم ينتقض العقد بهلاكه كالمهر وعوض الخلع يجوز التصرف فيه قبل قبضه لأنه بذل لا ينفسخ السبب الذي ملك بهلاكه فجاز التصرف فيه قبل قبضه كالوصية والميراث. وقد نص أحمد على هبة المرأة زوجها صداقها قبل قبضها وهو نوع تصرف فيه. وقياس المذهب أن ما جاز لها التصرف فيه فهو من ضمانها إن تلف أو نقص وما لا تصرف لها فيه فهو من ضمان الزوج وإن منعها الزوج قبضه أو لم يمكنها منه فهو من ضمانه على كل حال لأن يده عادية فضمنه كالغاصب وقد نقل مهنا عن أحمد في رجل تزوج امرأة على هذا الغلام ففقئت عينه فقال إن كانت قبضته فهو لها وإن لم تكن قبضته فهو على الزوج. فظاهر هذا أنه جعله قبل قبضه من ضمان الزوج بكل حال. وهو مذهب الشافعي. وكل موضع قلنا هو من ضمان الزوج قبل القبض إذا تلف قبل قبضه لم يبطل الصداق بتلفه ويضمنه بمثله إن كان مثلياً وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي في القديم. وقال في الجديد يرجع إلى مهر المثل لأن تلف العوض يوجب الرجوع في المعوض فإذا تعذر رده رجع إلى قيمته كالمبيع ومهر المثل هو القيمة فوجب الرجوع إليه.

ولنا: إن كل عين يجب تسليمها مع وجودها إذا تلفت مع بقاء سبب استحقاقها فالواجب بدلها كالمغصوب والقرض والعارية وفارق المبيع. إذا تلف فإن البيع انفسخ وزال سبب الاستحقاق إذا ثبت هذا فإن التالف في يد الزوج لا يخلو من أربعة أحوال:

أحدها: أن يتلف بفعلها فيكون ذلك قبضاً منها ويسقط عن الزوج ضمانه. **والثاني:** تلف بفعل الزوج فهو من ضمانه على كل حال، ويضمنه لها بما ذكرناه. **والثالث:** أتلفه أجنبي فلها الخيار بين الرجوع على الأجنبي بضمانه وبين الرجوع على الزوج ويرجع الزوج على المتلف. **والرابع:** تلف بفعل الله تعالى فهو على ما ذكرناه من التفصيل في صدر المسألة.

فصل: إذا طلق المرأة قبل الدخول وقد تصرفت في الصداق بعقد من العقود لم يخل من ثلاثة أقسام. **أحدها:** ما يزيل الملك عن الرقبة كالبيع والهبة والعتق، فهذا يمنع الرجوع وله نصف القيمة لزوال ملكها وانقطاع تصرفها فإن عادت العين إليها قبل طلاقها ثم طلقها

وهي في يدها بحالها فله الرجوع في نصفها لأنه وجدها بعينها. فأشبه ما لو لم تخرجها ولا يلزم الوالد إذا وهب لولده شيئاً فخرج عن ملكه ثم عاد إليه حيث لا يملك الرجوع فيه لأننا نمنع ذلك، وإن سلمناه فإن حق الولد سقط بخروجه عن يد الولد بكل حال بدليل أنه لا يطالب ببذله والزوج لم يسقط حقه بالكلية بل يرجع بنصف قيمته عند عدمه فإذا وجد كان الرجوع في عينه أولى وفي معنى هذه التصرفات الرهن فإنه وإن لم يزل الملك عن الرقبة لكنه يراد للبيع المزيل للملك ولذلك لا يجوز رهن ما لا يجوز بيعه ففي الرجوع في العين إبطال لحق المرتهن من الوثيقة فلم يجز وكذلك الكناية فإنها تراد للعتق المزيل للملك وهي عقد لازم فجرت مجرى الرهن فإن طلق الزوج قبل إقباض الهبة أو الرهن أو في مدة الخيار في البيع ففيه وجهان:

أحدهما: لا تجبر على رد نصفه إليه لأنه عقد عقدته في ملكها فلم تملك إبطاله كاللازم ولأن ملكها قد زال فلم تملك الرجوع فيما ليس بمملوك لها. **والثاني**: تجبر على تسليم نصفه لأنها قادرة على ذلك ولا زيادة فيها وللشافعي قولان كهذين الوجهين. فأما إن طلقها بعد تقبيض الهبة والرهن ولزوم البيع فلم يأخذ قيمة النصف حتى فسخ البيع والرهن والهبة لم يكن له الرجوع في نصفها لأن حقه يثبت في القيمة. **والثاني**: تصرف غير لازم لا ينقل الملك كالوصية والشركة والمضاربة فهذا لا يبطل حق الرجوع في نصفه ويكون وجود هذا التصرف كعدمه لأنه تصرف لم ينقل الملك ولم يمنع المالك من التصرف فلا يمنع من له الرجوع على المالك من الرجوع كالإيداع والعارية. فأما إن دبرته فظاهر المذهب أنه لا يمنع الرجوع لأنه وصية أو تعليق نصفه وكلاهما لا يمنع الرجوع. ولأنه لا يمنع البيع فلم يمنع الرجوع كالوصية ولا يجبر الزوج على الرجوع في نصفه بل يخير بين ذلك وبين أخذ نصف قيمته لأن شركة من نصفه مدبر نقص ولا يؤمن أن يرفع إلى حاكم حنفي فيحكم بعتقه وإن كانت أمة فدبرتها خرج على الروايتين إن قلنا تباع في الدين كالعبد، وإن قلنا لا تباع لم يجبر الزوج على الرجوع في نصفها، وإن كاتبت الأمة أو العبد لم يجبر الزوج على الرجوع في العبد لأنه نقص، وإن اختار الرجوع وقلنا الكتابة تمنع البيع منعت الرجوع، وإن قلنا لا تمنع البيع احتمل أن لا تمنع الرجوع كالتدبير، واحتمل أن تمنعه لأن الكتابة عقد لازم يراد لإزالة الملك فمنعت الرجوع كالرهن. **الثالث**: تصرف لازم لا يراد لإزالة الملك كالإجارة والتزويج فهذا نقص فيتخير بين أن يرجع في نصفه ناقصاً لأنه رضي بحقه ناقصاً وبين الرجوع في نصف قيمته فإن رجع في نصف المستأجر صبر حتى تنفسخ الإجارة فإن قيل فقد قتلم في الطلع الحادث في النخل إذا قال أنا أصبر حتى تنتهي الثمرة لم يكن له ذلك؟ قلنا: الفرق بينهما أن في تلك المسألة أن تكون المنة له فلا يلزمها قبول منته بخلاف مسألتنا ولأن ذلك يؤدي إلى التنازع في سقي الثمرة ووقت جذاذها وقطعها لخوف العطش أو غيره بخلاف مسألتنا.

فصل: فإن أصدقها شقصاً فهل للشفيع أخذه؟ على وجهين. فإن قلنا له أخذه فأخذه ثم طلق الزوج رجع في نصف قيمته لأنه قد زال ملكها عنه وإن طلقها قبل أخذه بالشفعة وطالب الشفيع ففيه وجهان:

أحدهما: يقدم الشفيع لأن حقه أسبق فإنه ثبت بالنكاح وحق الزوج ثبت بالطلاق ولأن الزوج يرجع إلى بدله وهو نصف القيمة وحق الشفيع إذا بطل بطل بغير بدل. والثاني: يقدم الزوج لأن حقه آكد فإنه ثبت بنص القرآن والإجماع وحق الشفعة مجتهد فيه غير مجمع عليه. فعلى هذا يكون للشفيع أخذ النصف الباقي بنصف ما كان يأخذ به الجميع.

مسألة: قال: (وإذا اختلفا في الصداق بعد العقد في قدره ولا بينة على مبلغه، فالقول قولها ما ادعت مهر مثلها).

وجملة ذلك: أن الزوجين إذا اختلفا في قدر المهر ولا بينة على مبلغه فالقول قول من يدعي مهر المثل منهما. فإن ادعت المرأة مهر مثلها أو أقل فالقول قولها، وإن ادعى الزوج مهر المثل أو أكثر فالقول قوله. وبهذا قال أبو حنيفة وعن الحسن والنخعي وحماد بن أبي سليمان وأبي عبيد نحوه وعن أحمد رواية أخرى أن القول قول الزوج بكل حال وهذا قول الشعبي وابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبي ثور وبه قال أبو يوسف إلا أن يدعي مستنكراً وهو أن يدعي مهراً لا يتزوج بمثله في العادة لأنه منكر للزيادة ومدعى عليه فيدخل تحت قوله عليه السلام: «ولكن اليمين على المدعى عليه» وقال الشافعي يتحالفان فإن حلف أحدهما ونكل الآخر ثبت ما قاله، وإن حلفا وجب مهر المثل. وبه قال الثوري لأنهما اختلفا في العوض المستحق في العقد ولا بينة فيتحالفان قياساً على المتبايعين إذا اختلفا في الثمن. وقال مالك إن كان الاختلاف قبل الدخول تحالفا وفسخ النكاح، وإن كان بعده فالقول قول الزوج وبناه على أصله في البيع فإنه يفرق في التحالف بين ما قبل القبض وبعده ولأنها إذا أسلمت نفسها بغير إشهاد فقد رضيت بأمانته.

ولنا: إن الظاهر قول من يدعي مهر المثل فكان القول قوله قياساً على المنكر في سائر الدعاوى، وعلى المودع إذا ادعى التلف أو الرد ولأنه عقد لا ينفسخ بالتحالف فلا يشرع فيه كالعفو عن دم العمد ولأن القول بالتحالف يفضي إلى إيجاب أكثر مما يدعيه أو أقل مما يقر لها به فإنها إذا كان مهر مثلها مائة فادعت ثمانين وقال بل هو خمسون أوجب لها عشرين يتفقان على أنها غير واجبة، ولو ادعت مائتين وقال بل هو مائة وخمسون ومهر مثلها مائة فأوجب مائة لأسقط خمسين يتفقان على وجوبها، ولأن مهر المثل إن لم يوافق دعوى أحدهما لم يجز إيجابه لاتفاقهما على أنه غير ما أوجبه العقد، وإن وافق قول أحدهما فلا حاجة في إيجابه إلى يمين من ينفيه لأنها لا تؤثر في إيجابه وفارق البيع فإنه ينفسخ بالتحالف ويرجع كل واحد

منهما في ماله. وما ادعاه مالك من أنها استأمنته لا يصح فإنها لم تجعله أمينها ولو كان أميناً لها لوجب أن تكون أمينة له حين لم يشهد عليها على أنه لا يلزم من الاختلاف عدم الإشهاد، فقد تكون بينهما بينة فتموت أو تغيب أو تنسى الشهادة إذا ثبت هذا فكل من قلنا القول قوله فهو مع يمينه لأنه اختلاف فيما يجوز بذله فتشرع فيه اليمين كسائر الدعاوى في الأموال، وحكي عن القاضي أن اليمين لا تشرع في الأحوال كلها لأنها دعوى في النكاح.

فصل: فإن ادعى أقل من مهر المثل وادعت هي أكثر منه رد إلى مهر المثل. ولم يذكر أصحابنا يميناً والأولى أن يتحالفا فإن ما يقوله كل واحد منهما محتمل للصحة فلا يعدل عنه إلا بيمين من صاحبه كالمنكر في سائر الدعاوى ولأنهما تساويا في عدم الظهور فيشرع التحالف كما لو اختلف المتبايعان. وهذا قول أبي حنيفة، والباقون على أصولهم.

فصل: فإن قال تزوجتك على هذا العبد فقالت بل على هذه الأمة وكانت قيمة العبد مهر المثل أو أكثر وقيمة الأمة فوق ذلك حلف الزوج ووجبت لها قيمة العبد لأن قوله يوافق الظاهر، ولا تجب عين العبد لئلا يدخل في ملكها ما ينكره وإن كانت قيمة الأمة مهر المثل أو أقل وقيمة العبد أقل من ذلك فالقول قول الزوجة مع يمينها. وهل تجب الأمة أو قيمتها؟ فيه وجهان:

أحدهما: تجب عين الأمة لأننا قبلنا قولها في القدر فكذلك في العين وليس في ذلك إدخال ما ينكره في ملكها.

والثاني: تجب لها قيمتها لأن قولها إنما وافق الظاهر في القدر لا في العين فأوجبنا لها ما وافقت الظاهر فيه، وإن كان كل واحد منهما قدر مهر المثل أو كان العبد أقل من مهر المثل والأمة أكثر منه وجب مهر المثل إذا تحالفا. وظاهر قول القاضي أن اليمين لا يشرع في هذا كله.

مسألة: قال: (وإن أنكر أن يكون لها عليه صداق فالقول أيضاً قولها قبل الدخول وبعده ما ادعت مهر مثلها إلا أن يأتي ببينة تبرئه منه).

وجملة ذلك: أن الزوج إذا أنكر صداق امرأته وادعت ذلك عليه فالقول قولها فيما يوافق مهر مثلها سواء ادعى أنه وفى لها أو أبرأته منه أو قال لا تستحق علي شيئاً وسواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده، وبه قال سعيد بن جبير والشعبي وابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي. وحكي عن فقهاء المدينة السبعة أنهم قالوا: إن كان بعد الدخول فالقول قول الزوج والدخول بالمرأة يقطع الصداق، وبه قال مالك. قال أصحابه إنما قال ذلك إذا كانت العادة تعجيل الصداق كما كان بالمدينة أو كان الخلاف فيما تعجل منه في العادة لأنها لا تسلم نفسها في العادة إلا بقبضه فكان الظاهر معه.

ولنا: إن النبي ﷺ قال: «اليمين على المدعى عليه» ولأنه ادعى تسليم الحق الذي عليه فلم يقبل بغير بينة كما لو ادعى تسليم الثمن أو كما قبل الدخول.

فصل: فإن دفع إليها ألفاً ثم اختلفا فقال دفعتها إليك صداقاً وقالت بل هبة فإن كان اختلافهما في نيته كأن قالت قصدت الهبة وقال قصدت دفع الصداق فالقول قول الزوج بلا يمين لأنه أعلم بما نواه ولا تطلع المرأة على نيته، وإن اختلفا في لفظه فقالت قد قلت خذي هذا هبة أو هدية فأنكر ذلك فالقول قوله مع يمينه لأنها تدعي عليه عقداً على ملكه وهو ينكره فأشبه ما لو ادعت عليه بيع ملكه لها، لكن إن كان المدفوع من غير جنس الواجب عليه كأن أصدقها دراهم فدفع إليها عوضاً ثم اختلفا وحلف أنه دفع إليها ذلك من صداقها فللمرأة رد العوض ومطالبته بصداقها.

قال أحمد في رواية الفضل بن زياد في رجل تزوج امرأة على صداق ألف فبعث إليها بقيمته متاعاً وثياباً ولم يخبرهم أنه من الصداق فلما دخل سألته الصداق فقال لها: قد بعثت إليك بهذا المتاع واحتسبته من الصداق. فقالت المرأة صداقي دراهم: ترد الثياب والمتاع وترجع عليه بصداقها فهذه الرواية إذا لم تخبرهم أنه صداق فأما إذا ادعى أنها احتسبت به من الصداق وادعت هي أنه قال هو هبة فينبغي أن يحلف كل واحد منهما ويتراجعان بما لكل واحد منهما، وحكي عن مالك أنه قال: إن كان مما جرت العادة بهديته كالثوب والخاتم فالقول قولها لأن الظاهر معها وإلا فالقول قوله.

ولنا: إنهما اختلفا في صفة انتقال ملكه إلى يدها فكان القول قول المالك كما لو قال أودعتك هذه العين قال بل وهبتها.

فصل: إذا مات الزوجان واختلف ورثتهما فلم ورثة كل إنسان مقامه إلا أن من يحلف منهم على الإثبات يحلف على البت ومن يحلف على النفي يحلف على نفي العلم لأنه يحلف على نفي فعل الغير، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة: إن مات أحد الزوجين فكذلك وإن مات الزوجان فادعى ورثة المرأة التسمية فأنكرها ورثة الزوج جملة لم يحكم عليهم بشيء. قال أصحابه إنما قال ذلك إذا تقادم العهد لأنه تعذر الرجوع إلى مهر المثل لأنه تعتبر فيه الصفات والأوقات. وقال محمد بن الحسن يقضي بمهر المثل وقال زفر بعشرة دراهم لأنه أقل الصداق.

ولنا: إن ما اختلف فيه المتعاقدان قام ورثتهما مقامهما كالمتبايعين. وما ذكروه ليس بصحيح لأنه لا يسقط الحق لتقادم العهد ولا يتعذر الرجوع في ذلك كقيم سائر المتلفات.

فصل: وإن اختلف الزوج وأبو الصغيرة والمجنونة قام الأب مقام الزوجة في اليمين لأنه يحلف على فعل نفسه ولأن قوله مقبول فيما اعترف به من الصداق فسمعت يمينه فيه

كالزوجة فإن لم يحلف حتى بلغت وعقلت فاليمين عليها دونه لأن الحق لها وإنما يحلف هو لتعذر اليمين من جهتها فإذا أمكن في حقها صارت اليمين عليها كالوصي إذا بلغ الأطفال قبل يمينه فيما يحلف فيه فأما البكر البالغة العاقلة فلا تسمع مخالفتها لأن الكبيرة قولها مقبول في الصداق والحق لها دونه. وأما سائر الأولياء فليس لهم تزويج صغيرة إلا على رواية في بنت تسع وليس لهم أن يزوجوا بدون مهر المثل ولو زوجوها بدون مهر المثل ثبت مهر المثل من غير يمين فإن ادعى أنه زوجها بأكثر من مهر مثلها فاليمين على الزوج لأن القول قوله في قدر مهر المثل.

فصل: إذا أنكر الزوج تسمية الصداق وادعى أنه تزوجها بغير صداق فإن كان بعد الدخول نظرنا فإن ادعت المرأة مهر المثل أو دونه وجب ذلك من غير يمين لأنها لو صدقته في ذلك لوجب مهر المثل فلا فائدة في الاختلاف، وإن ادعت أقل من مهر المثل فهي مقرة بنقصها عما يجب لها بدعوى الزوج فيجب أن يقبل قولها بغير يمين. وإن ادعت أكثر من مهر المثل لزمته اليمين على نفي ذلك ويجب لها مهر المثل، وإن كان اختلافهما قبل الدخول انبنى على الروايتين فيما إذا اختلفا في قدر الصداق، فإن قلنا القول قول الزوج فلها المتعة. وإن قلنا القول قول من يدعي مهر المثل قبل قولها ما ادعت مهر مثلها. هذا إذا طلقها، وإن لم يطلقها فرض لها مهر المثل على الروايتين وكل من قلنا القول قوله فعليه اليمين.

مسألة: قال: (وإذا تزوجها بغير صداق لم يكن لها عليه إذا طلقها قبل الدخول إلا المتعة).

وجملته: أن النكاح يصح من غير تسمية صداق في قول عامة أهل العلم. وقد دل على هذا قول الله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: ٢٣٧].

وروي «أن ابن مسعود سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقاً ولم يدخل بها حتى مات فقال ابن مسعود: لها صداق نسائها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث. فقام معقل بن سنان الأشجعي فقال: قضى رسول الله ﷺ في بَرْوع بنت واشق امرأة منا مثل ما قضيت». أخرجه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح، ولأن القصد من النكاح الوصلة والاستمتاع دون الصداق فصح من غير ذكره كالنفقة، وسواء تركا ذكر المهر أو شرطا نفيه مثل أن يقول زوجتك بغير مهر فيقبله كذلك، ولو قال زوجتك بغير مهر في الحال ولا في الثاني صح أيضاً.

وقال بعض الشافعية لا يصح في هذه الصورة لأنها تكون كالموهوبة. وليس بصحيح لأنه قد صح فيما إذا قال زوجتك بغير مهر فيصح ها هنا لأن معناهما واحد وما صح في

إحدى الصورتين المتساويتين صح في الأخرى. وليست كالموهوبة لأن الشرط يفسد ويجب المهر إذا ثبت هذا فإن المزوجة بغير مهر تسمى مفوضة بكسر الواو وفتحها فمن كسر أضاف الفعل إليها على أنها فاعلة مثل مقومة ومن فتح أضافه إلى وليها ومعنى التفويض الإهمال كأنها أهملت أمر المهر حيث لم تسمه ومنه قول الشاعر:

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة إذا جهالهم سادوا

يعني مهملين والتفويض على ضربين: تفويض بضع وتفويض مهر. فأما تفويض البضع فهو الذي ذكره الخرقي وفسرناه وهو الذي ينصرف إليه إطلاق التفويض، وأما تفويض المهر فهو أن يجعل الصداق إلى رأي أحدهما أو رأي أجنبي فيقول زوجتك على ما شئت أو على حكمك أو على حكمي أو حكمها أو حكم أجنبي ونحوه فهذه لها مهر المثل في ظاهر كلام الخرقي لأنها لم تزوج نفسها إلا بصداق لكنه مجهول فسقط لجهالته ووجب مهر المثل، والتفويض الصحيح أن تأذن المرأة الجائزة الأمر لوليها في تزويجها بغير مهر أو بتفويض قدره أو يزوجها أبوها كذلك فأما إن زوجها غير أبيها ولم يذكر مهراً بغير إذنها في ذلك فإنه يجب مهر المثل.

وقال الشافعي: لا يكون التفويض إلا في الصورة الأولى وقد سبق الكلام معه في أن للأب أن يزوج ابنته دون صداق مثلها فكذلك يجوز تفويضه، فإذا طلقت المفوضة البضع قبل الدخول فليس لها إلا المتعة نص عليه أحمد في رواية الجماعة وهو قول ابن عمر وابن عباس والحسن وعطاء وجابر بن زيد والشعبي والزهري والنخعي والثوري والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي. وعن أحمد رواية أخرى أن الواجب لها نصف مهر مثلها لأنه نكاح صحيح يوجب مهر المثل بعد الدخول فيوجب نصفه بالطلاق قبل الدخول كما لو سمي محرماً.

وقال مالك والليث وابن أبي ليلى: المتعة مستحبة غير واجبة لأن الله تعالى قال: ﴿حَقًّا عَلَى ٱلْـمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: ٢٣٦] فخصهم بها فيدل أنها على سبيل الإحسان والتفضل، والإحسان ليس بواجب ولأنها لو كانت واجبة لم تختص المحسنين دون غيرهم.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٦] أمر والأمر يقتضي الوجوب، وقال تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌۢ بِٱلْـمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْـمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: ٢٤١] وقال تعالى: ﴿إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْـمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ﴾ [الأحزاب: ٤٩] ولأنه طلاق في نكاح يقتضي عوضاً فلم يعر عن العوض كما لو سمى مهراً، وأداء الواجب من الإحسان فلا تعارض بينهما.

فصل: فإن فرض لها بعد العقد ثم طلقها قبل الدخول فلها نصف ما فرض لها ولا

متعة، وهذا قول ابن عمر وعطاء والشعبي والنخعي والشافعي وأبي عبيد. وعن أحمد أن لها المتعة ويسقط المهر، وهو قول أبي حنيفة لأنه نكاح عري عن تسميته فوجبت به المتعة كما لو لم يفرض لها.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] ولأنه مفروض يستقر بالدخول فتنصف بالطلاق قبله كالمسمى في العقد.

فصل: ومن أوجب لها نصف المهر لم تجب لها متعة سواء كانت ممن سمي لها صداق أو لم يسم لها لكن فرض بعد العقد وبهذا قال أبو حنيفة فيمن سمي لها وهو قديم قولي الشافعي، وروي عن أحمد لكل مطلقة متاع. وروي ذلك عن علي بن أبي طالب والحسن وسعيد بين جبير وأبي قلابة والزهري وقتادة والضحاك وأبي ثور لظاهر قوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: ٢٤١] ولقوله تعالى لنبيه عليه السلام: ﴿قُلْ لِأَزْوَاجِكَ﴾ ـ إلى قوله ـ ﴿فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ﴾ [الأحزاب: ٢٨] وعلى هذه الرواية: لكل مطلقة متاع سواء كانت مفوضة أو مسمى لها مدخولاً بها أو غيرها لما ذكرنا، وظاهر المذهب أن المتعة لا تجب إلا للمفوضة التي لم يدخل بها إذا طلقت، قال أبو بكر: كل من روى عن أبي عبد الله فيما أعلم روى عنه أنه لا يحكم بالمتعة إلا لمن لم يسم لها مهر، إلا حنبلاً فإنه روى عن أحمد أن لكل مطلقة متاعاً، قال أبو بكر: والعمل عليه عندي لولا تواتر الروايات عنه بخلافها.

ولنا: قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٦] ثم قال: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] فخص الأولى بالمتعة والثانية بنصف المفروض مع تقسيمه النساء قسمين وإثباته لكل قسم حكماً، فيدل ذلك على اختصاص كل قسم بحكمه، وهذا يخص ما ذكروه، ويحتمل أن يحمل الأمر بالمتاع في غير المفوضة على الاستحباب لدلالة الآيتين اللتين ذكرناهما على نفي وجوبها جمعاً بين دلالة الآيات والمعنى. فإنه عوض واجب في عقد فإذا سمى فيه عوض صحيح لم يجب غيره كسائر عقود المعاوضة، ولأنها لا تجب لها المتعة قبل الفرقة ولا ما يقوم مقامها فلم تجب لها عند الفرقة كالمتوفى عنها زوجها.

فصل: ولو طلق المسمى لها بعد الدخول أو المفوضة المفروض لها بعد الدخول فلا متعة لواحدة منهما إلا على رواية حنبل، وقد ذكرنا ذلك وذكرنا قول من ذهب إليه. وظاهر المذهب أنه لا متعة لواحدة منهما وهو قول أبي حنيفة وللشافعي قولان كالروايتين، وقد ذكرنا ذلك. إذا ثبت هذا فإنه يستحب أن يمتعهما نص عليه أحمد فقال: أنا أوجبها

على من لم يسم لها صداقاً فإن كان سمى صداقاً فلا أوجبها عليه وأستيحب أن يمنع وإن سمى لها صداقاً وإنما استحب ذلك لعموم النص الوارد فيها ودلالتها على إيجابها. وقول علي رضي الله عنه ومن سمينا من الأئمة بها فلما امتنع الوجوب لدلالة الآيتين المذكورتين على نفي الوجوب ودلالة المعنى المذكور عليه تعين حمل الأدلة الدالة عليها على الاستحباب أو على أنه أريد به الخصوص، وأما المتوفى عنها فلا متعة لها بالإجماع لأن النص العام لم يتناولها وإنما يتناول المطلقات، ولأنها أخذت العوض المسمى لها في عقد المعاوضة فلم يجب لها به سواه كما في سائر العقود.

فصل: والمتعة تجب على كل زوج لكل زوجة مفوضة طلقت قبل الدخول وسواء في ذلك الحر والعبد والمسلم والذمي والحرة والأمة والمسلمة والذمية، وحكي عن أبي حنيفة لا متعة للذمية، وقال الأوزاعي إن كان الزوجان أو أحدهما رقيقاً فلا متعة.

ولنا: عموم النص ولأنها قائمة مقام نصف المهر في حق من سمي لها فتجب لكل زوجة على كل زوج كنصف المسمى ولأن ما يجب من العوض يستوي فيه المسلم والكافر والحر والعبد كالمهر.

فصل: فأما المفوضة المهر وهي التي يتزوجها على ما شاء أحدهما، أو التي زوجها غير أبيها بغير صداق بغير إذنها، أو التي مهرها فاسد. فإنه يجب لها مهر المثل ويتنصف بالطلاق قبل الدخول، ولا متعة لها، هذا ظاهر كلام الخرقي. وقد صرح به في التي مهرها فاسد وهو مذهب الشافعي. وعن أحمد: أن لها المتعة دون نصف المهر كالمفوضة البضع، وهو مذهب أبي حنيفة. لأنه خلا عقدها من تسمية صحيحة فأشبهت التي لم يسم لها شيء.

ولنا: إن هذه لها مهر واجب قبل الطلاق، فوجب أن يتنصف كما لو سماه، أو نقول: لم ترض بغير صداق فلم تجب المتعة كالمسمى لها، وتفارق التي رضيت بغير عوض، فإنها رضيته بغير صداق، وعاد بضعها سليماً فعوضت المتعة بخلاف مسألتنا.

فصل: وكل فرقة يتنصف بها المسمى توجب المتعة إذا كانت مفوضة وما يسقط به المسمى من الفرق كاختلاف الدين والفسخ بالرضاع ونحوه إذا جاء من قبلها لا تجب به متعة لأنها أقيمت مقام نصف المسمى فسقطت في موضع يسقط كما تسقط الأبدال بما يسقط مبدلها.

فصل: قال أبو داود: سمعت أحمد سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يكن فرض لها مهراً، ثم وهب لها غلاماً، ثم طلقها قبل الدخول. قال: لها المتعة، وذلك لأن الهبة لا تنقضي بها

المتعة كما لا ينقضي بها نصف المسمى، ولأن المتعة إنما تجب بالطلاق فلا يصح قضاؤها قبله، ولأنها واجبة فلا تنقضي بالهبة كالمسمى.

مسألة: قال: (على الموسع قدره وعلى المقتر قدره فأعلاه خادم وأدناه كسوة يجوز لها أن تصلي فيها إلا أن يشاء هو أن يزيدها أو تشاء هي أن تنقصه).

وجملة ذلك: أن المتعة معتبرة بحال الزوج في يساره وإعساره. نص عليه أحمد. وهو وجه لأصحاب الشافعي. والوجه الآخر قالوا: هو معتبر بحال الزوجة لأن المهر معتبر بها، كذلك المتعة القائمة مقامه. ومنهم من قال: يجزىء في المتعة ما يقع عليه الاسم كما يجزىء في الصداق ذلك.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٦] وهذا نص في أنها معتبرة بحال الزوج وأنها تختلف، ولو أجزأ ما يقع عليه الاسم سقط الاختلاف، ولو اعتبر بحال المرأة لما كان على الموسع قدره وعلى المقتر قدره. إذا ثبت هذا فاختلف الرواية عن أحمد فيها. فروي عنه مثل قول الخرقي أعلاها خادم هذا إذا كان موسراً، وإن كان فقيراً متعها كسوتها درعاً وخماراً وثوباً تصلي فيه ونحو ذلك قال ابن عباس والزهري والحسن، قال ابن عباس: أعلى المتعة الخادم ثم دون ذلك النفقة ثم دون ذلك الكسوة، ونحو ما ذكرنا في أدناها قال الثوري والأوزاعي وعطاء ومالك وأبو عبيد وأصحاب الرأي، قالوا درع وخمار وملحفة. **والرواية الثانية**: يرجع في تقديرها إلى الحاكم، وهو أحد قولي الشافعي. لأنه أمر لم يرد الشرع بتقديره وهو مما يحتاج إلى الاجتهاد فيجب الرجوع فيه إلى الحاكم كسائر المجتهدات، وذكر القاضي في المجرد رواية ثالثة: أنها مقدرة بما يصادف نصف مهر المثل لأنها بدل عنه فيجب أن تتقدر به، وهذه الرواية تضعف لوجهين:

أحدهما: أن نص الكتاب يقتضي تقديرها بحال الزوج وتقديرها بنصف مهر المثل يوجب اعتبارها بحال المرأة لأن مهرها معتبر بها لا بزوجها.

الثاني: أنا لو قدرناها بنصف المهر لكانت نصف المهر إذ ليس المهر معيناً في شيء ولا المتعة، ووجه قول الخرقي قول ابن عباس «أعلى المتعة الخادم ثم دون ذلك الكسوة» رواه أبو حفص بإسناده وقدرها بكسوة تجوز لها الصلاة فيها، لأن الكسوة الواجبة بمطلق الشرع تتقدر بذلك كالكسوة في الكفارة والسترة في الصلاة. وروى كنيف السلمي «أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته تماضر الكلبية فحممها بجارية سوداء» يعني متعها. قال ابراهيم النخعي: العرب

تسمي المتعة التحميم. وهذا فيما إذا تشاحا في قدرها فإن سمح لها بزيادة على الخادم أو رضيت بأقل من الكسوة جاز. لأن الحق لهما لا يخرج عنهما. وهو مما يجوز بذله فجاز ما اتفقا عليه كالصداق وقد روي عن الحسن بن علي «أنه متع امرأة بعشرة آلاف درهم فقال: متاع قليل من حبيب مفارق».

مسألة: قال: (ولو طالبته قبل الدخول أن يفرض لها أجبر على ذلك، فإن فرض لها مهر مثلها لم يكن لها غيره وكذلك إن فرض لها أقل منه فرضيته).

وجملة ذلك: أن المفوضة لها المطالبة بفرض المهر لأن النكاح لا يخلو من المهر فوجبت لها المطالبة ببيان قدره، وبهذا قال الشافعي، ولا نعلم فيه مخالفاً. فإن اتفق الزوجان على فرضه جاز ما فرضاه، قليلاً كان أو كثيراً سواء كانا عالمين بمهر المثل أو غير عالمين به وقال الشافعي في قوله له: لا يصح الفرض لغير مهر المثل إلا مع علمها بمهر المثل لأن ما فرضه بدل عن مهر المثل فيحتاج أن يكون المبدل معلوماً.

ولنا: إنه إذا فرض لها كثيراً فقد بذل لها من ماله فوق ما يلزمه، وإن رضيت باليسير فقد رضيت بدون ما يجب لها فلا تمنع من ذلك. وقولهم إنه بدل غير صحيح، فإن البدل غير المبدل. والمفروض إن كان ناقصاً فهو بعضه وإن كان أكثر فهو الواجب وزيادة ولا يصح جعله بدلاً ولو كان بدلاً لما جاز مع العلم لأنه يبدل ما فيه الربا بجنسه متفاضلاً. وقد روى عقبة بن عامر قال: قال رسول الله ﷺ: أترضى أني أزوجك فلانة؟ قال: نعم، وقال للمرأة: أترضين أن أزوجك فلاناً؟ قالت: نعم. فزوج أحدهما صاحبه ودخل عليها ولم يفرض لها صداقاً، فلما حضرته الوفاة قال: إن رسول الله ﷺ زوجني فلانة ولم يفرض لها صداقاً ولم أعطها شيئاً، وإني قد أعطيتها عن صداقها سهمي بخيبر فأخذت سهمه فباعته بمائه ألف. فأما إن تشاحا فيه ففرض لها مهر مثلها أو أكثر منه فليس لها المطالبة بسواه فإن لم ترض به لم يستقر لها حتى ترضاه، فإن طلقها قبل الدخول فليس لها إلا المتعة، لأنه لا يثبت لها بفرضه ما لم ترض به كحالة الابتداء. وإن فرض لها أقل من مهر المثل فلها المطالبة بتمامه ولا يثبت لها ما لم ترض به، وإن تشاحا وارتفعا إلى الحاكم فليس له أن يفرض لها إلا مهر المثل. لأن الزيادة ميل عليه والنقصان ميل عليها والعدل المثل، ولأنه إنما يفرض بدل البضع فيقدر به كالسلعة إذا تلفت فرجعا في تقويمها إلى أهل الخبرة ويعتبر معرفة مهر المثل ليتوصل إلى إمكان فرضه، ومتى صح الفرض صار كالمسمى في العقد في أنه يتنصف بالطلاق ولا تجب المتعة معه، وإذا فرضه الحاكم لزم ما فرضه سواء رضيته أو لم ترضه كما يلزم ما حكم به.

فصل: وإن فرض لها أجنبي مهر مثلها فرضيته لم يصح فرضه وكان وجوده كعدمه، لأنه ليس بزوج ولا حاكم فإن سلم إليها ما فرضه لها فرضيته، احتمل أن لا يصح لما ذكرنا ويكون حكمها حكم من لم يفرض لها ويسترجع ما أعطاها لأن تصرفه ما صح ولا برئت به ذمة الزوج، ويحتمل أن يصح. لأنه يقوم مقام الزوج في قضاء المسمى فيقوم مقامه في قضاء ما يوجبه العقد غير المسمى، فعلى هذا إذا طلقت قبل الدخول رجع نصفه إلى الزوج، لأنه ملكه إياه حين قضى به ديناً عليه فيعود إليه كما لو دفعه هو. ولأصحاب الشافعي مثل هذين الوجهين وذكروا وجهاً ثالثاً: أنه يرجع نصفه إلى الأجنبي. وذكره القاضي وجهاً لنا ثالثاً، وقد ذكرنا ما يدل على صحة ما قلناه. ولو أن رجلاً قضى المسمى عن الزوج صح. ثم إن طلقها الزوج قبل الدخول رجع نصفه إليه، وإن فسخت نكاح نفسها بفعل من جهتها رجع جميعه إليه، وعلى الوجه الآخر: يرجع إلى من قضاه، والله أعلم.

فصل: ويجب المهر للمفوضة بالعقد، وإنما يسقط إلى المتعة بالطلاق، وهذا مذهب أبي حنيفة. واختلف أصحاب الشافعي. فمنهم من قال: الصحيح أنه يجب بالعقد وقال بعضهم لا يجب بالعقد قولاً واحداً. ولا يجيء على أصل الشافعي غير هذا لأنه لو وجب بالعقد لتنصف بالطلاق كالمسمى في العقد.

ولنا: إنها تملك المطالبة به فكان واجباً كالمسمى، ولأنه لو لم يجب بالعقد لما استقر بالموت كما في العقد الفاسد. ولأن النكاح لا يجوز أن يخلو عن المهر والقول بعدم وجوبه يفضي إلى خلوه عنه وإلى أن النكاح انعقد صحيحاً وملك الزوج الوطء ولا مهر فيه وإنما لم يتنصف لأن الله تعالى نقل غير المسمى لها بالطلاق إلى المتعة كما نقل من سمى لها إلى نصف المسمى لها. والله أعلم.

فعلى هذا لو فرض الرجل مهر أمته ثم أعتقها أو باعها ثم فرض لها المهر كان لمعتقها أو بائعها، لأن المهر وجب بالعقد في ملكه، ولو فوضت المرأة نفسها ثم طالبت بفرض مهرها بعد تغير مهر مثلها أو دخل بها لوجب مهر مثلها حالة العقد لما ذكرناه. ووافق أصحاب الشافعي على ذلك. لأن الوجوب يستند إلى حالة العقد إلا في الأمة التي أعتقها أو باعها في أحد الوجهين.

فصل: ويجوز الدخول بالمرأة قبل إعطائها شيئاً سواء كانت مفوضة أو مسمى لها. وبهذا قال سعيد بن المسيب والحسن والنخعي والثوري والشافعي، وروي عن ابن عباس وابن عمر والزهري وقتادة ومالك: لا يدخل بها حتى يعطيها شيئاً. قال الزهري: مضت السنة أن لا

يدخل بها حتى يعطيها شيئاً. قال ابن عباس: يخلع إحدى نعليه ويلقيها إليها.

وقد روى أبو داود بإسناده عن رجل من أصحاب النبي ﷺ: «أن علياً لما تزوج فاطمة أراد أن يدخل بها، فمنعه رسول الله ﷺ حتى يعطيها شيئاً. فقال: يا رسول الله، ليس لي شيء. فقال له النبي ﷺ: «أعطها درعك، فأعطاها درعه، ثم دخل بها» ورواه ابن عباس أيضاً قال: «لما تزوج علي فاطمة قال له رسول الله ﷺ: «أعطها شيئاً. قال: ما عندي. قال: أين درعك الحطمية؟» رواه أبو داود والنسائي.

ولنا: حديث عقبة بن عامر في الذي زوجه النبي ﷺ ودخل عليها ولم يعطها شيئاً وروت عائشة قالت: «أمرني رسول الله ﷺ أن أدخل امرأة على زوجها قبل أن يعطيها شيئاً». رواه ابن ماجة، ولأنه عوض في عقد معاوضة فلم يقف جواز تسليم العوض على قبض شيء منه كالثمن في البيع والأجرة في الإجارة وأما الأخبار فمحمولة على الاستحباب فإنه يستحب أن يعطيها قبل الدخول شيئاً موافقة للأخبار ولعادة الناس فيما بينهم ولتخرج المفوضة عن شبه الموهوبة، وليكون ذلك أقطع للخصومة، ويمكن حمل قول ابن عباس ومن وافقه على الاستحباب فلا يكون بين القولين فرق والله أعلم.

مسألة: قال: (ولو مات أحدهما قبل الإصابة وقبل الفرض ورثه صاحبه وكان لها مهر نسائها).

أما الميراث فلا خلاف فيه فإن الله تعالى فرض لكل واحد من الزوجين فرضاً وعقد الزوجية ها هنا صحيح ثابت فورث به لدخوله في عموم النص، وأما الصداق فإنه يكمل لها مهر نسائها في الصحيح من المذهب وإليه ذهب ابن مسعود وابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري وإسحاق وروي عن علي وابن عباس وابن عمر والزهري وربيعة ومالك والأوزاعي: لا مهر لها لأنها فرقة وردت على تفويض صحيح قبل فرض ومسيس فلم يجب بها مهر كفرقة الطلاق وقال أبو حنيفة كقولنا في المسلمة وكقولهم في الذمية، وعن أحمد رواية أخرى: لا يكمل ويتنصف وللشافعي قولان كالروايتين.

ولنا: مما روي أن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه: «قضى لامرأة لم يفرض لها زوجها صداقاً ولم يدخل بها حتى مات. فقال: لها صداق نسائها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث فقام معقل بن سنان الأشجعي فقال: قضى رسول الله ﷺ في بروع ابنة واشق مثل ما

قضيت» قال الترمذي هذا حديث صحيح وهو نص في محل النزاع ولأن الموت معنى يكمل به المسمى فكمل به مهر المثل للمفوضة كالدخول وقياس الموت على الطلاق غير صحيح فإن الموت يتم به النكاح فيكمل به الصداق والطلاق يقطعه ويزيله قبل إتمامه ولذلك وجبت العدة بالموت قبل الدخول ولم تجب بالطلاق وكمل المسمى بالموت ولم يكمل بالطلاق وأما الذمية فإنها مفارقة بالموت فكمل لها الصداق كالمسلمة أو كما لو سمى لها ولأن المسلمة والذمية لا يختلفان في الصداق في موضع فيجب أن لا يختلفا ها هنا.

فصل: قوله «مهر نسائها» يعني مهر مثلها من أقاربها وقال مالك تعتبر بمن هي في مثل كمالها ومالها وشرفها ولا يختص بأقربائها. ولأن الأعواض إنما تختلف بذلك دون الأقارب.

ولنا: قوله في حديث ابن مسعود: «لها مهر نسائها» ونساؤها أقاربها وما ذكره فنحن نشترطه ويشترط معه أن تكون من نساء أقاربها لأنها أقرب إليهن. وقوله: لا يختلف ذلك باختلاف الأقارب لا يصح، فإن المرأة تطلب لحسبها كما جاء في الأثر وحسبها يختص به أقاربها فيزداد المهر لذلك ويقل، وقد يكون الحي وأهل القرية لهم عادة في الصداق ورسم مقرر لا يشاركهم فيه غيرهم ولا يغيرونه بتغير الصفات فيكون الاعتبار بذلك دون سائر الصفات. واختلفت الرواية عن أحمد فيمن يعتبر من أقاربها. فقال في رواية حنبل: لها مهر مثلها من نسائها من قبل أبيها: فاعتبرها بنساء العصبات خاصة. وهذا مذهب الشافعي. وقال في رواية إسحاق بن هانىء لها مهر نسائها مثل أمها أو أختها أو عمتها أو بنت عمها. اختاره أبو بكر وهو مذهب أبي حنيفة وابن أبي ليلى لأنهن من نسائها. والأولى أولى. فإنه قد روي في قصة بروع: «أن رسول الله ﷺ قضى في بروع بنت واشق بمثل مهر نساء قومها» ولأن شرف المرأة معتبر في مهرها وشرفها بنسبها وأمها وخالتها لا تساويانها في نسبها فلا تساويانها في شرفها، وقد تكون أمها مولاة وهي شريفة. وقد تكون أمها شريفة وهي غير شريفة. وينبغي أن يعتبر الأقرب فالأقرب فأقرب نساء عصباتها إليها أخواتها ثم عماتها ثم بنات عمها الأقرب فالأقرب. ويعتبر أن تكون في مثل حالها في دينها وعقلها وجمالها ويسارها وبكارتها وثيوبتها وصراحة نسبها وكل ما يختلف لأجله الصداق وأن تكون من أهل بلدها لأن عادة البلاد تختلف في المهر وإنما اعتبرت هذه الصفات كلها لأن مهر المثل إنما هو بدل متلف فاعتبرت الصفات المقصودة فيه. فإن لم يكن في عصباتها من هو في مثل حالها فمن نساء أرحامها كأمها وجداتها وخالاتها وبناتهن فإن لم يكن فأهل بلدها فإن لم يكن فنساء أقرب البلدان إليها فإن لم يوجد إلا دونها زيد لها بقدر فضيلتها وإن لم يوجد إلا خير منها نقصت بقدر نقصها.

فصل: ولا يجب مهر المثل إلا حالاً لأنه بدل متلف. فأشبه قيم المتلفات ولا يكون إلا

من نقد البلد لما ذكرنا ولا تلزم الدية لأنها لا تختلف باختلاف صفات المتلف لأنها مقدرة بالشرع فكانت بحكم ما جعل من الحلول والتأجيل فلا يعتبر بها غيرها ولأنها عدل بها عن سائر الأبدال فيمن وجبت عليه وكذلك في تأجيلها تخفيفاً عنه بخلاف غيرها فإن كانت عادة نسائها تأجيل المهر ففيه وجهان:

أحدهما: يفرض حالاً لذلك. **والثاني**: يفرض مؤجلاً لأن مهر مثلها مؤجل وإن كان عادتهم أنهم إذا زوجوا من عشيرتهم خففوا وإن زوجوا غيرهم ثقلوا اعتبر ذلك وهذا مذهب الشافعي فإن قيل: فإذا كان مهر المثل بدل متلف يجب أن لا يختلف باختلاف التلف كسائر المتلفات؟ قلنا: النكاح يخالف سائر المتلفات فإن سائر المتلفات المقصود بها المالية خاصة فلم تختلف باختلاف المتلفين والنكاح يقصد به أعيان الزوجين فاختلف باختلافهم ولأن سائر المتلفات لا تختلف باختلاف العوائد والمهر يختلف بالعادات فإن المرأة إذا كانت من قوم عادتهم تخفيف مهور نسائهم وجب مهر المرأة منهم خفيفاً وإن كانت أفضل وأشرف من نساء من عادتهم تثقيل المهر وعلى هذا متى كانت عادتهم التخفيف لمعنى مثل الشرف أو اليسار ونحو ذلك اعتبر جرياً على عادتهم. والله أعلم.

فصل: إذا زوج السيد عبده أمته فقال القاضي: لا يجب مهر لأنه لو وجب لوجب لسيدها ولا يجب للسيد على عبده مال، وقال أبو الخطاب يجب المسمى أو مهر المثل إن لم يكن مسمى كيلا يخلو النكاح عن مهر ثم يسقط لتعذر إثباته.

وقال أبو عبد الله: إذا زوج عبده من أمته فأحب أن يكون بمهر وشهود قيل: فإن طلقها؟ قال: يكون الصداق عليه إذا أعتق قيل: فإن زوجها منه بغير مهر؟ قال: قد اختلفوا فيه فذهب جابر إلى أنه جائز.

مسألة: قال: (وإذا خلا بها بعد العقد فقال لم أطأها وصدقته لم يلتفت إلى قولهما وكان حكمهما حكم الدخول في جميع أمورهما إلا في الرجوع إلى زوج طلقها ثلاثاً أو في الزنا فإنهما يجلدان ولا يرجمان).

وجملة ذلك: أن الرجل إذا خلا بامرأته بعد العقد الصحيح استقر عليه مهرها ووجبت عليها العدة وإن لم يطأ روي ذلك عن الخلفاء الراشدين وزيد وابن عمر وبه قال علي بن الحسين وعروة وعطاء والزهري والأوزاعي وإسحاق وأصحاب الرأي وهو قديم قولي

الشافعي، وقال شريح والشعبي وطاوس وابن سيرين والشافعي في الجديد لا يستقر إلا بالوطء وحكي ذلك عن ابن مسعود وابن عباس وروي نحو ذلك عن أحمد، وروى عنه يعقوب بن بختان أنه قال إذا صدقته المرأة أنه لم يطأها لم يكمل لها الصداق وعليها العدة وذلك لقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] وهذه قد طلقها قبل أن يمسها، وقال تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ﴾ [النساء: ٢١] والإفضاء الجماع، ولأنها مطلقة لم تمس أشبهت من لم يخل بها.

ولنا: إجماع الصحابة رضي الله عنهم، روى الإمام أحمد والأثرم بإسنادهما عن زرارة بن أوفى قال: «قضى الخلفاء الراشدون المهديون أن من أغلق باباً أو أرخى ستراً فقد وجب المهر ووجبت العدة» ورواه أيضاً عن الأحنف عن عمر وعلي وعن سعيد بن المسيب وعن زيد بن ثابت: عليها العدة ولها الصداق كاملاً، وهذه قضايا تشتهر ولم يخالفهم أحد في عصرهم فكان إجماعاً، وما رووه عن ابن عباس لا يصح. قال أحمد يرويه ليث وليس بالقوي، وقد رواه حنظلة خلاف ما رواه ليث وحنظلة أقوى ليث، وحديث ابن مسعود منقطع قاله ابن المنذر، ولأن التسليم المستحق وجد من جهتها فيستقر به البدل كما لو وطئها أو كما لو أجرت دارها أو باعتها وسلمتها.

وأما قوله تعالى: ﴿مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٧] فيحتمل أنه كنى بالمسبب عن السبب الذي هو الخلوة بدليل ما ذكرناه، وأما قوله: ﴿وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ﴾ [النساء: ٢١] فقد حكي عن الفراء أنه قال: الإفضاء الخلوة دخل بها أو لم يدخل. وهذا صحيح فإن الإفضاء مأخوذ من الفضاء وهو الخالي فكأنه قال وقد خلا بعضكم إلى بعض، وقول الخرقي «حكمها حكم الدخول في جميع أمورهما» يعني في حكم ما لو وطئها من تكميل المهر ووجوب العدة وتحريم أختها وأربع سواها إذا طلقها حتى تنقضي عدتها وثبوت الرجعة له عليها في عدتها، وقال الثوري وأبو حنيفة لا رجعة له عليها إذا أقر أنه لم يصبها.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ﴾ [البقرة: ٢٢٨] ولأنها معتدة من نكاح صحيح لم ينفسخ نكاحها ولا كمل عدد طلاقها ولا طلقها بعوض فكان له عليها الرجعة كما لو أصابها، ولها عليه نفقة العدة والسكنى لأن ذلك لمن لزوجها عليها الرجعة ولا تثبت بها الإباحة للزوج المطلق ثلاثاً لقول النبي ﷺ لامرأة رفاعة القرظي «أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك» ولا الإحصان لأنه يعتبر لإيجاب الحد، والحدود تدرأ بالشبهات ولا الغسل لأن موجبات الغسل خمسة وليس هذا منها، ولا يخرج به من العنة لأن العنة العجز عن الوطء فلا يزول إلا بحقيقة الوطء، ولا تحصل به الفيئة لأنها الرجوع

عما حلف عليه وإنما حلف على ترك الوطء، ولأن حق المرأة لا يحصل إلا بنفس الوطء ولا تفسد به العبادات ولا تجب به الكفارة.

وأما تحريم الربيبة فعن أحمد: أنه يحصل بالخلوة، وقال القاضي وابن عقيل لا تحرم، وحمل القاضي كلام أحمد على أنه حصل مع الخلوة نظر أو مباشرة فيخرج كلامه على إحدى الروايتين في أن ذلك يحرم والصحيح أنه لا يحرم لقول الله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] والدخول كناية عن الوطء والنص صريح في إباحتها بدونه فلا يجوز خلافه.

مسألة: قال: (وسواء خلا بها وهما محرمان أو صائمان أو حائض أو سالمان من هذه الأشياء).

اختلفت الرواية عن أحمد فيما إذا خلا بها وبهما أو بأحدهما مانع من الوطء كالإحرام والصيام والحيض والنفاس، أو مانع حقيقي، كالجب والعنة أو الرتق في المرأة فعنه أن الصداق يستقر بكل حال، وبه قال عطاء وابن أبي ليلى والثوري لعموم ما ذكرناه من الإجماع. وقال عمر في العنين يؤجل سنة، فإن هو غشيها. وإلا أخذت الصداق كاملاً وفرق بينهما وعليها العدة، ولأن التسليم المستحق عليها قد وجد، وإنما الحيض والإحرام والرتق من غير جهتها فلا يؤثر في المهر، كما لا يؤثر في إسقاط النفقة، وروي أنه لا يكمل به الصداق، وهو قول شريح وأبي ثور لأنه لا يتمكن من تسلمها. فلم تستحق عليه مهراً بمنعها، كما لو منعت تسليم نفسها إليه يحققه أن المنع من التسليم لا فرق بين كونه من أجنبي أو من العاقد كالإجارة. وعن أحمد رواية ثالثة إن كانا صائمين صوم رمضان لم يكمل الصداق فإن كان غيره كمل. قال أبو داود: وسمعت أحمد وسئل عن رجل دخل على أهله وهما صائمان في غير رمضان فأغلق الباب وأرخى الستر؟ قال: وجب الصداق، قيل لأحمد: فشهر رمضان؟ قال: شهر رمضان خلاف لهذا. قيل له فكان مسافراً في رمضان قال هذا مفطر يعني وجب الصداق، وهذا يدل على أنه متى كان المانع متأكداً كالإحرام وصوم رمضان لم يكمل الصداق. وقال القاضي: إن كان المانع لا يمنع دواعي الوطء كالجب والعنة والرتق والمرض والحيض والنفاس وجب الصداق وإن كان يمنع دواعيه كالإحرام وصيام الفرض فعلى روايتين، وقال أبو حنيفة: إن كان المانع من جهتها لم يستقر الصداق وإن كان من جهته صيام فرض أو إحرام لم يستقر الصداق، وإن كان جباً أو عنة كمل الصداق لأن المانع من جهته وذلك لا يمنع وجود التسليم المستحق منها فكمل حقها كما يلزم الصغير نفقة امرأته إذا سلمت نفسها إليه.

فصل: وإن خلا بها وهي صغيرة لا يمكن وطؤها أو كانت كبيرة فمنعته نفسها أو كان

أعمى فلم يعلم بدخولها عليه. لم يكمل صداقها. نص عليه أحمد في المكفوف يتزوج المرأة فأدخلت عليه فأرخى الستر وأغلق الباب، فإن كان لا يعلم بدخولها عليه فلها نصف الصداق، وأومأ إلى أنها إذا نشزت عليه أو منعته نفسها لا يكمل صداقها، وذكره ابن حامد. وذلك لأنه لم يوجد التمكين من جهتها فأشبه ما لو لم يخل بها وكذلك إن خلا بها وهو طفل لا يتمكن من الوطء لم يكمل الصداق لأنه في معنى الصغيرة في عدم التمكين من الوطء.

فصل: والخلوة في النكاح الفاسد لا يجب بها شيء من المهر لأن الصداق لم يجب بالعقد وإنما يوجبه الوطء ولم يوجد ولذلك لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول فأشبه ذلك الخلوة بالأجنبية. وقد روي عن أحمد ما يدل على أن الخلوة فيه كالخلوة في الصحيح لأن الابتداء بالخلوة فيه كالابتداء بذلك في النكاح الصحيح فيتقرر به المهر كالصحيح، والأولى أولى.

فصل: فإن استمتع بامرأته بمباشرة فيما دون الفرج من غير خلوة كالقبلة ونحوها فالمنصوص عن أحمد أنه يكمل به الصداق فإنه قال: إذا أخذها فمسها وقبض عليها من غير أن يخلو بها لها الصداق كاملاً إذا نال منها شيئاً لا يحل لغيره، وقال في رواية مهنا: إذا تزوج امرأة ونظر إليها وهي عريانة تغتسل أوجب عليه المهر، ورواه عن ابراهيم: إذا اطلع منها على ما يحرم على غيره فعليه المهر لأنه نوع استمتاع فهو كالقبلة. قال القاضي يحتمل أن هذا ينبني على ثبوت تحريم المصاهرة بذلك وفيه روايتان فيكون في تكميل الصداق به وجهان. أحدهما: يكمل به الصداق لما روى الدارقطني عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان قال: قال رسول الله ﷺ: «من كشف خمار امرأة ونظر إليها وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل» ولأنه مسيس فيدخل في قوله: ﴿مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٧] ولأنه استمتاع بامرأته فكمل به الصداق كالوطء.

والوجه الآخر: لا يكمل به الصداق وهو قول أكثر الفقهاء لأن قوله تعالى: ﴿تَمَسُّوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٧] إنما أريد به في الظاهر الجماع ومقتضى قوله: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٧] أن لا يكمل الصداق لغير من وطئها، ولا تجب عليها العدة ترك عمومه فيمن خلا بها للإجماع الوارد عن الصحابة فيبقى فيما عداه على مقتضى العموم.

فصل: إذا دفع زوجته فأذهب عذرتها ثم طلقها قبل الدخول فليس عليه إلا نصف صداقها، وقال أبو يوسف ومحمد: عليه الصداق كاملاً لأنه أذهب عذرتها في نكاح صحيح فكان عليه المهر كاملاً كما لو وطئها.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] وهذه مطلقة قبل المسيس. فأشبه ما لو لم يدفعها ولأنه أتلف

ما يستحق إتلافه بالعقد فلم يضمنه لغيره كما لو أتلف عذرة أمته، ويتخرج أن يجب لها الصداق كاملاً. لأن أحمد قال: إن فعل ذلك أجنبي عليه الصداق ففيما إذا فعله الزوج أولى فإن ما يجب به الصداق ابتداء أحق بتقرير المهر ونص أحمد فيمن أخذ امرأته وقبض عليها وفيمن نظر إليها وهي عريانة عليه الصداق كاملاً فهذا أولى.

فصل: وإن دفع امرأة أجنبية فأذهب عذرتها أو فعل ذلك بإصبعه أو غيرها فقال أحمد: لها صداق نسائها. وقال إن تزوج امرأة عذراء فدفعها هو وأخوه فأذهبا عذرتها ثم طلقها قبل الدخول فعلى الزوج نصف الصداق وعلى الأخ نصف العقد وروي ذلك عن علي وابنه الحسن وعبد الله بن معقل وعبد الملك بن مروان وقال الشافعي ليس عليه إلا أرش بكارتها لأنه إتلاف جزء لم يرد الشرع بتقدير عوضه فرجع في ديته إلى الحكومة كسائر ما لم يقدر عليه لأنه إذا لم يكمل به الصداق في حق الزوج ففي حق الأجنبي أولى.

ولنا: ما روى سعيد قال حدثنا هشيم حدثنا مغيرة عن ابراهيم «أن رجلاً كانت عنده يتيمة فخافت امرأته أن يتزوجها فاستعانت بنسوة فضبطنها لها فأفسدت عذرتها وقالت لزوجها: إنها فجرت، فأخبر علياً رضي الله عنه بذلك، فأرسل علي إلى امرأته والنسوة فلما أتينه لم يلبثن أن اعترفن بما صنعن فقال للحسن بن علي اقض فيها يا حسن. فقال الحد على من قذفها والعقر عليها وعلى الممسكات. فقال علي: لو كلفت الإبل طحناً لطحنت وما يطحن يومئذ بعير»، وقال: حدثنا هشيم قال: حدثنا اسماعيل بن سالم حدثنا الشعبي «أن جواري أربعاً قالت إحداهن هي رجل وقالت الأخرى هي امرأة وقالت الثالثة هي أبو التي زعمت أنها رجل وقالت الرابعة هي أبو التي زعمت أنها امرأة، فخطبت التي زعمت أنها أبو الرجل إلى التي زعمت أنها أبو المرأة فزوجوها إياها، فعمدت إليها فأفسدتها بإصبعها، فرفع ذلك إلى عبد الملك بن مروان فجعل الصداق بينهن أرباعاً، وألغى حصة التي أمكنت من نفسها. فبلغ عبد الله بن معقل فقال لو وليت أنا لجعلت الصداق على التي أفسدت الجارية وحدها» وهذه قصص تنتشر فلم تنكر فكانت إجماعاً ولأن إتلاف العذرة مستحق بعقد النكاح فإذا أتلفه أجنبي وجب المهر كمنفعة البضع.

مسألة: قال: (والزوج هو الذي بيده عقدة النكاح فإذا طلق قبل الدخول فأيهما عفا لصاحبه عما وجب لها من المهر وهو جائز الأمر في ماله برىء منه صاحبه).

اختلف أهل العلم في الذي بيده عقدة النكاح. فظاهر مذهب أحمد رحمه الله أنه الزوج روي ذلك عن علي وابن عباس وجبير بن مطعم رضي الله عنهم. وبه قال سعيد بن المسيب وشريح وسعيد بن جبير ونافع بن جبير ونافع مولى ابن عمر ومجاهد وإياس بن معاوية وجابر بن زيد وابن سيرين والشعبي والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي والشافعي في الجديد، وعن أحمد

أنه الولي إذا كان أبا الصغيرة وهو الشافعي القديم إذا كان أباً وجداً. وحكي عن ابن عباس وعلقمة والحسن وطاوس والزهري وربيعة ومالك: أنه الولي لأن الولي بعد الطلاق هو الذي بيده عقدة النكاح لكونها قد خرجت عن يد الزوج ولأن الله تعالى ذكر عفو النساء عن نصيبهن فينبغي أن يكون عفو الذي بيده عقدة النكاح عنه ليكون المعفو عنه في الموضعين واحداً. ولأن الله تعالى بدأ بخطاب الأزواج على المواجهة بقوله: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ﴾ ـ ثم قال ﴿أَوْ يَعْفُوَ ٱلَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾ [البقرة: ٢٣٧] وهذا خطاب غير حاضر.

ولنا: ما روى الدارقطني بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال: «ولي العقدة الزوج» ولأن الذي بيده عقدة النكاح بعد العقد هو الزوج فإنه يتمكن من قطعه وفسخه وإمساكه. وليس إلى الولي منه شيء ولأن الله تعالى قال: ﴿وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى﴾ [البقرة: ٢٣٧] والعفو الذي هو أقرب إلى التقوى هو عفو الزوج عن حقه، أما عفو الولي عن مال المرأة فليس هو أقرب إلى التقوى، ولأن المهر مال للزوجة. فلا يملك الولي هبته وإسقاطه كغيره من أموالها وحقوقها وكسائر الأولياء ولا يمتنع العدول عن خطاب الحاضر إلى خطاب الغائب كقوله تعالى: ﴿حَتَّى إِذَا كُنْتُمْ فِي ٱلْفُلْكِ وَجَرَيْنَ بِهِمْ بِرِيحٍ طَيِّبَةٍ﴾ [يونس: ٢٢] وقال تعالى: ﴿قُلْ أَطِيعُوا ٱللَّهَ وَأَطِيعُوا ٱلرَّسُولَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَإِنَّمَا عَلَيْهِ مَا حُمِّلَ وَعَلَيْكُمْ مَا حُمِّلْتُمْ﴾ [النور: ٥٤] فعلى هذا متى طلق الزوج قبل الدخول تنصف المهر بينهما. فإن عفا الزوج لها عن النصف الذي له كمل لها الصداق جميعه. وإن عفت المرأة عن النصف الذي لها منه وتركت له جميع الصداق جاز. إذا كان العافي منهما رشيداً جائزاً تصرفه في ماله وإن كان صغيراً أو سفيهاً لم يصح عفوه لأنه ليس له التصرف في ماله بهبة ولا إسقاط. ولا يصح عفو الولي عن صداق الزوجة أباً كان أوغيره صغيرة وكبيرة نص عليه أحمد في رواية الجماعة وروى عنه ابن منصور: إذا طلق امرأته وهي بكر قبل أن يدخل بها فعفا أبوها أو زوجها ما أرى عفو الأب إلا جائزاً. قال أبو حفص ما أرى ما نقله ابن منصور إلا قولاً لأبي عبد الله قديماً، وظاهر قول أبي حفص: أن المسألة رواية واحدة وأن أبا عبد الله رجع عن قوله بجواز عفو الأب، وهو الصحيح لأن مذهبه أنه لا يجوز للأب إسقاط ديون ولده الصغير ولا إعتاق عبيده ولا تصرفه له إلا بما فيه مصلحته ولا حظ لها في هذا الإسقاط فلا يصح وإن قلنا برواية ابن منصور لم يصح إلا بخمسة شروط: أن يكون أباً لأنه الذي يلي مالها ولا يتهم عليها، **الثاني**: أن تكون صغيرة ليكون ولياً على مالها فإن الكبيرة تلي مالها نفسها، **الثالث**: أن تكون بكراً لتكون غير مبتذلة ولأنه لا يملك تزويج الثيب وإن كان صغيرة فلا تكون ولايتها عليه تامة، **الرابع**: أن تكون مطلقة لأنها قبل الطلاق معرضة لإتلاف البضع، **الخامس**: أن تكون قبل الدخول لأن ما بعده

قد أتلف البضع، فلا يعفو عن بدل متلف ومذهب الشافعي على نحو من هذا إلا أنه يجعل الجد كالأب.

فصل: ولو بانت امرأة الصغير أو السفيه أو المجنون على وجه يسقط صداقها عنهم مثل أن تفعل امرأته ما ينفسخ به نكاحها من رضاع من ينفسخ نكاحها برضاعه أو ردة أو نصفة لطلاق من السفيه أو رضاع من أجنبية لمن ينفسخ نكاحها برضاعه أو نحو ذلك لم يكن لوليهم العفو عن شيء من الصداق رواية واحدة، وكذلك لا يجوز عند الشافعي قولاً واحداً. والفرق بينهم وبين الصغير أن وليها أكسبها المهر بتزويجها وها هنا لم يكسبه شيئاً إنما رجع المهر إليه بالفرقة.

فصل: وإذا عفت المرأة عن صداقها الذي لها على زوجها أو عن بعضه أو وهبته له بعد قبضه وهي جائزة الأمر في مالها جاز ذلك وصح. ولا نعلم فيه خلافاً لقول الله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن يَعْفُونَ﴾ [البقرة: ٢٣٧] يعني الزوجات وقال تعالى: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾ [النساء: ٤] قال أحمد في رواية المروذي ليس شيء قال الله تعالى: ﴿فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾ [النساء: ٤] سماه غير المهر تهبه المرأة للزوج وقال: علقمة لامرأته هيئي لي من الهنيء المريء يعني من صداقها، وهل لها الرجوع فيما وهبت زوجها؟ فيه عن أحمد روايتان واختلاف بين أهل العلم ذكرناه فيما مضى.

فصل: إذا طلقت قبل الدخول وتنصف المهر بينهما لم يخل من أن يكون ديناً أو عيناً فإن كان ديناً لم يخل إما أن يكون ديناً في ذمة الزوج لم يسلمه إليها أو في ذمتها بأن تكون قد قبضته وتصرفت فيه أو تلف في يدها وأيهما كان فإن للذي له الدين أن يعفو عن حقه منه بأن يقول عفوت عن حقي من الصداق أو أسقطته أو أبرأتك منه أو ملكتك إياه أو وهبتك أو أحللتك منه وأنت منه في حل أو تركته لك وأي ذلك قال سقط به المهر وبرىء منه الآخر، وإن لم يقبله لأن إسقاط حق فلم يفتقر إلى قبول كإسقاط القصاص والشفعة والعتق والطلاق ولذلك صح إبراء الميت مع عدم القبول منه ولو رد ذلك لم يرتد منه وبرىء منه لما ذكرناه وإن أحب العفو من الصداق في ذمته لم يصح العفو لأنه إن كان في ذمة الزوج فقد سقط عنه بالطلاق، وإن كان في ذمة الزوجة فلا يثبت في ذمتها إلا النصف الذي يستحقه الزوج، وأما النصف الذي لها فهو حقها تصرفت فيه فلم يثبت في ذمتها منه شيء ولأن الجميع كان ملكاً لها تصرفت فيه وإنما يتجدد ملك الزوج للنصف بطلاقه فلا يثبت في ذمتها غير ذلك، وأيهما أراد تكميل الصداق لصاحبه فإنه يجدد له هبة مبتدأة، وأما إن كان الصداق عيناً في يد أحدهما فعفا الذي هو في يده للآخر فهو هبة له تصح بلفظ العفو والهبة والتمليك ولا تصح بلفظ الإبراء والإسقاط، ويفتقر إلى القبض فيما يشترط القبض فيه وإن عفا غير الذي هو في يده صح بهذه الألفاظ وافتقر إلى مضي زمن يتأتى القبض فيه إن كان الموهوب مما يفتقر إلى القبض.

فصل: إذا أصدق امرأته عيناً فوهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها فعن أحمد فيه روايتان. **إحداهما**: يرجع عليها بنصف قيمتها وهو اختيار أبي بكر وأحد قولي الشافعي لأنها عادت إلى الزوج بعقد مستأنف فلا تمنع استحقاقها بالطلاق كما لو عادت إليه بالبيع أو وهبتها لأجنبي ثم وهبتها له. **والرواية الثانية**: لا يرجع عليها وهو قول مالك والمزني وأحد قولي الشافعي وهو قول أبي حنيفة إلا أن تزيد العين أو تنقص ثم تهبها له لأن الصداق عاد إليه ولو لم تهبه لم يرجع بشيء وعقد الهبة لا يقتضي ضماناً ولأن نصف الصداق تعجل له بالهبة. فإن كان الصداق ديناً فأبرته منه فإن قلنا لا يرجع ثم فها هنا أولى وإن قلنا يرجع ثم خرج ها هنا وجهان: **أحدهما**: لا يرجع لأن الإبراء إسقاط حق وليس بتمليك كتمليك الأعيان ولهذا لا يفتقر إلى قبول. ولو شهد شاهدان على رجل بدين فأبرأه مستحقه ثم رجع الشاهدان لم يغرما شيئاً ولو كان قبضه منه ثم وهبه له ثم رجع الشاهدان غرما **والثاني**: يرجع لأنه عاد إليه بغير الطلاق فهو كالعين والإبراء بمنزلة الهبة ولهذا يصح بلفظها وإن قبضت الدين منه ثم وهبته له ثم طلقها فهو كهبة العين لأنه تعين بقبضه، وقال أبو حنيفة يرجع ها هنا لأن الصداق قد استوفته كله ثم تصرفت فيه فوجب الرجوع عليها كما لو وهبته أجنبياً، ويحتمل أن لا يرجع لأنه عاد إليه ما أصدقها فأشبه ما لو كان عيناً فقبضتها ثم وهبتها أو وهبته العين أو أبرأته من الدين ثم فسخت النكاح بفعل من جهتها كإسلامها أو ردتها أو إرضاعها لمن ينفسخ نكاحها برضاعه ففي الرجوع بجميع الصداق عليها روايتان كما في الرجوع بالنصف سواء.

فصل: وإن أصدقها عبداً فوهبته نصفه ثم طلقها قبل الدخول انبنى ذلك على الروايتين. فإن قلنا إذا وهبته الكل لم يرجع بشيء رجع ها هنا في ربعه، وعلى الرواية الأخرى يرجع في النصف الباقي كله لأنه وجده بعينه، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد والمزني، وقال أبو حنيفة: لا يرجع بشيء لأن النصف حصل في يده فقد استعجل حقه، وقال الشافعي في أحد أقواله كقولنا. **والثاني**: له نصف النصف والباقي ونصف قيمة الموهوب والثالث يتخير بين هذا وبين الرجوع بقيمة النصف.

ولنا: إنه وجد نصف ما أصدقها بعينه فأشبه ما لو لم تهبه شيئاً.

فصل: فإن خالع امرأته بنصف صداقها قبل دخوله بها صح وصار الصداق كله له. نصفه بالطلاق ونصفه بالخلع، ويحتمل أن يصير له ثلاثة أرباعه لأنه إذا خالعها بنصفه مع علمه أن النصف يسقط عنه صار مخالفاً بنصف النصف الذي يبقى لها فيصير له النصف بالطلاق والربع بالخلع، وإن خالعها بمثل نصف الصداق في ذمتها صح وسقط جميع الصداق نصفه بالطلاق ونصفه بالمقاصة بما في ذمتها لها من عوض الخلع. ولو قالت له اخلعني بما تسلم لي من صداقي ففعل صح وبرىء من جميع الصداق وكذلك إن قالت اخلعني على أن لا تبعة عليك في

المهر صح وسقط جميعه عنه، وإن خالعته بمثل جميع الصداق في ذمتها صح ويرجع عليها بنصفه لأنه يسقط نصفه بالمقاصة بالنصف الذي لها عليه ويسقط عنه النصف بـالطلاق يبقى لـه عليها النصف، وإن خالعته بصداقها كله فكذلك في أحد الوجهين وفي الآخر لا يـرجع عليهـا بشيء لأنه لما خالعها به مع علمه بسقوط نصفه بالطلاق كان مخـالفاً لهـا بنصفه ويسقط عنـه بالـطلاق نصفه ولا يبقى لها شيء.

فصل: وإذا أبرأت المفوضة من المهر صح قبل الدخـول وبعده وسـواء في ذلك مفـوضة البضع ومفوضة المهر، وكذلك من سمى لهـا مهر فـاسد كـالخمر والمجهـول لأن المهر واجب في هذه المواضع، وإنما جهل قدره والبراءة من المجهول صحيحة لأنها إسقاط فصحت في المجهـول كالطلاق، وقال الشافعي: لا تصح البراءة في شيء من هـذا لأن المفوضـة لم يجب لها مهـر فلا يصح الإبراء مما لم يجب وغيرها مهرها مجهول والبراءة من المجهول لا تصح إلا أن تقول أبـرأتك من درهم إلى ألف فيبرأ من مهرها إذا كان دون الألف. وقد دللنا على وجوبـه فيما مضى فيصح الإبراء منه كما لو قالت أبرأتك من درهم إلى ألف، وإذا أبرأت المفوضة ثم طلقت قبل الدخول فإن قلنا لا يرجع إلى المسمى لها لم يرجع ها هنا، وإن قلنا يرجع ثمَّ احتمل أن لا يرجع ها هنـا لأن المهر كله سقط بالـطلاق ووجبت المتعة بـالطلاق ابتـداء، ويحتمل أن يـرجع لأنـه عاد إليـه مهرها بسبب غير الطلاق وبكم يـرجع؟ يحتمـل أن يرجـع بنصف مهر المثـل لأنه الـذي وجب بالعقد فهو كنصف المفروض ويحتمل أن يرجـع بنصف المتعة لأنها التي تجب بـالطلاق فـأشبهت المسمى.

فصل: وإن أبرأته المفوضة من نصف صداقها ثم طلقها قبل الدخـول فلا متعـة لها لأن المتعة قائمة مقام نصف الصداق وقد أبرأت منه فصار كما لو قبضته، ويحتمل أن يجب لها نصف المتعة إذا قلنا إن الزوج لا يرجع عليها بشيء إذا أبرأت من جميع صداقها.

فصل: ولو باع رجلاً عبداً بمائة فأبرأه البائـع من الثمن أو قبضه ثم وهبـه إياه ثم وجـد المشتري بالعبد عيباً فهل له رد المبيع والمطالبة بالثمن أو أخـذ أرش العيب مع إمسـاكه؟ عـلى وجهين بناء على الروايتين في الصداق إذا وهبته المرأة لزوجها ثم طلقها قبل الدخول وإن كـانت بحالها فوهب المشتري العبد للبائع ثم أفلس المشتري والثمن في ذمته فللبائـع أن يضرب بالثمن مع الغرماء وجهاً واحداً لأن الثمن ما عاد إلى البائع منه شيء ولـذلك كـان يجب أداؤه إليه قبـل الفلس بخلاف التي قبلها ولو كان عبداً ثم أسقط عنه مـال الكتابـة برىء وعتق ولم يـرجع عـلى سيده بالقدر الذي كان يجب على السيد أن يؤتيه إياه وكذلـك لو أسقط عنـه القدر الـذي يلزمه إيتاؤه إياه واستوفى الباقي لم يلزمه أن يؤتيه شيئاً لأن إسقاطه عنه يقوم مقام الإيتاء وخرجه بعض أصحـابنا عـلى وجهين بنـاء على الـروايتين في الصـداق ولا يصح لأن المـرأة أسقطت الصداق

الواجب لها قبل وجود سبب استحقاق الزوج عليها نصفه وها هنا أسقط السيد عن المكاتب ما وجد سبب إيتائه إياه فكان إسقاطه مقام إيتائه، ولهذا لو قبضه السيد منه ثم آتاه إياه لم يرجع بشيء ولو قبضت المرأة صداقها ووهبته لزوجها ثم طلقها قبل الدخول لرجع عليها فافترقا.

فصل: ولا يبرأ الزوج من الصداق إلا بتسليمه إلى من يتسلم مالها فإن كانت رشيدة لم يبرأ إلا بالتسليم إليها أو إلى وكيلها ولا يبرأ بالتسليم إلى أبيها ولا إلى غيره، بكراً كانت أو ثيباً، قال أحمد إذا أخذ مهر ابنته وأنكرت فذاك لها ترجع على زوجها بالمهر ويرجع الزوج على أبيها، فقيل له أليس قال النبي ﷺ: «أنت ومالك لأبيك؟» قال نعم، ولكن هذا لم يأخذ منها إنما أخذ من زوجها، وهذا مذهب الشافعي؛ وقال أبو حنيفة له قبض صداق البكر دون الثيب لأن ذلك العادة ولأن البكر تستحيي فقام أبوها مقامها كما قام مقامها في تزويجها.

ولنا: إنها رشيدة فلم يكن لغيرها قبض صداقها كالثيب أو عوض ملكته وهي رشيدة فلم يكن لغيرها قبضه بغير إذنها كثمن مبيعها وأجر دارها وإن كانت غير رشيدة سلمه إلى وليها في مالها من أبيها أو وصية أو الحاكم لأنه من جملة أموالها فهو كثمن مبيعها وأجر دارها.

مسألة: قال: (وليس عليه دفع نفقة زوجته إذا كان مثلها لا يوطأ أو منع منها بغير عذر فإن كان المنع من قبله لزمته النفقة).

وجملة ذلك: أن المرأة إذا كانت لا يوطأ مثلها لصغرها فطلب وليها تسليمها والإنفاق عليها لم يجب ذلك على الزوج لأن النفقة في مقابلة الاستمتاع ولهذا تسقط بالنشوز وهذه لا يمكنه الاستمتاع بها، وإن كانت كبيرة فمنعته نفسها أو منعها أولياؤها فلا نفقة لها أيضاً لأنها في معنى الناشز لكونها لم تسلم الواجب عليها فلا يجب تسليم ما في مقابلته من الإنفاق وكل موضع لزمته النفقة لزمه تسليم الصداق إذا طولب به. فأما الموضع الذي لا تلزمه نفقتها فيه كالصغير والمانعة نفسها فقال أبو عبد الله بن حامد يجب تسليم الصداق وهو قول الشافعي لأن المهر في مقابلة ملك البضع وقد ملكه بخلاف النفقة فإنها في مقابلة التمكين. ورد قوم هذا قالوا المهر قد ملكته في مقابلة ما ملكه من بضعها فليس لها المطالبة بالاستيفاء إلا بعد إمكان الزوج استيفاء العوض.

فصل: وإمكان الوطء في الصغيرة معتبر بحالها واحتمالها لذلك قاله القاضي وذكر أنهن يختلفن فقد تكون صغيرة السن تصلح وكبيرة لا تصلح وحدّه بتسع سنين فقال في رواية أبي الحارث في الصغيرة يطلبها زوجها فإن أتى عليها تسع سنين دفعت إليه ليس لهم أن يحبسوها بعد التسع. وذهب في ذلك إلى أن النبي ﷺ «بنى بعائشة وهي ابنة تسع» قال القاضي وهذا عندي ليس على طريق التحديد وإنما ذكره لأن الغالب أن ابنة تسع يتمكن من الاستمتاع بها، فمتى كانت لا تصلح للوطء لم يجب على أهلها تسليمها إليه. وإن ذكر أنه يحضنها ويربيها وله

من يخدمها لأنه لا يملك الاستمتاع بها وليست له بمحل ولا يؤمن شرة نفسه إلى مواقعتها فيفضيها أو يقتلها، وإن طلب أهلها دفعها إليه فامتنع فله ذلك ولا تلزمه نفقتها لأنه لا يمكن من استيفاء حقه منها، وإن كانت كبيرة إلا أنها مريضة مرضاً مرجو الزوال لم يلزمها تسليم نفسها قبل برئها لأنه مانع مرجو الزوال فهو كالصغر ولأن العادة لم تجز بزف المريضة إلى زوجها والتسليم في العقد يجب على حسب العرف فإن سلمت نفسها فتسلمها الزوج فعليه نفقتها لأن المرض عارض يعرض ويتكرر فيشق إسقاط النفقة به فجرى مجرى الحيض ولهذا لو مرضت بعد تسليمها لم يسقط نفقتها وإن امتنع من تسليمها فله ذلك ولا تلزمه نفقتها لأنه لما لم يجب تسليمها إليه لم يجب عليه تسلمها كالصغيرة ولأن العادة لم تجر بتسليمها على هذه الصفة. وقال القاضي يلزمه تسلمها وإن امتنع فعليه نفقتها لما ذكرنا من أنه عارض لا يمكن التحرز منه ويتكرر فأشبه الحيض فأما إن كان المرض غير مرجو الزوال لزم تسليمها إلى الزوج إذا طلبها ولزمه تسلمها إذا عرضت عليه لأنها ليست لها حالة يرجى زوال ذلك فيها فلو لم تسلم نفسها لم يفد التزويج فائدة وله أن يستمتع بها، فإن كانت نضوة الخلق وهو جسيم تخاف على نفسها الإفضاء من عظم خلقه فلها منعه من جماعها وله الاستمتاع بها فيما دون الفرج وعليه نفقتها ولا يثبت له خيار الفسخ لأن هذه يمكن الاستمتاع بها لغيره وإنما امتناع الاستمتاع لمعنى فيه وهو عظم خلقه بخلاف الرتقاء. وإن طلب تسليمها إليه وهي حائض احتمل أن لا يجب ذلك لأنه خلاف العادة. فأشبه المرض المرجو الزوال واحتمل وجوب التسليم لأنه يزول قريباً ولا يمنع من الاستمتاع بما دون الفرج فإذا طلب ذلك لم يجز منعه منه كما لم يجز لها منعه منه بعد تسلمها وإن عرضت عليه فأباها حتى تطهر فعلى قول القاضي يلزمه تسلمها ونفقتها إن امتنع منه ويتخرج على ما ذكرنا أن لا يلزمه ذلك كالمرض المرجو الزوال.

فصل: فإن منعت نفسها حتى تتسلم صداقها وكان حالاً فلها ذلك قال ابن المنذر: وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن للمرأة أن تمتنع من دخول الزوج عليها حتى يعطيها مهرها، وإن قال الزوج لا أسلم إليها الصداق حتى أتسلمها أجبر الزوج على تسليم الصداق أولاً ثم تجبر هي على تسليم نفسها ومذهب الشافعي في هذا على نحو مذهبه في البيع.

ولنا: إن في إجبارها على تسليم نفسها أولاً خطر إتلاف البضع والامتناع من بذل الصداق فلا يمكن الرجوع في البضع بخلاف المبيع الذي يجبر على تسليمه قبل تسليم ثمنه فإذا تقرر هذا فلها النفقة ما امتنعت لذلك وإن كان معسراً بالصداق لأن امتناعها بحق وإن كان الصداق مؤجلاً فليس لها منع نفسها قبل قبضه لأن رضاها بتأجيله رضى بتسليم نفسها قبل قبضه كالثمن المؤجل في البيع فإن حل المؤجل قبل تسليم نفسها لم يكن لها منع نفسها أيضاً لأن التسليم قد وجب عليها واستقر قبل قبضه فلم يكن لها أن تمتنع منه. وإن كان بعضه حالاً وبعضه مؤجلاً فلها منع

نفسها قبل قبض العاجل دون الآجل، وإن كان الكل حالاً فلها منع نفسها على ما ذكرنـا، فإن سلمت نفسها قبل قبضه ثم أرادت منع نفسها حتى تقبضه فقد توقف أحمـد عن الجواب فيهـا. وذهب أبـو عبد الله بن بـطة وأبو إسحـاق بن شاقـلا إلى أنها ليس لها ذلـك وهـو قـول مـالـك والشافعي وأبي يوسف ومحمد لأن التسليم استقر به العوض برضى المسلم فلم يكن لها أن تمتنـع منه بعد ذلك كما لو سلم البائع المبيع، وذهب أبو عبد الله بن حامد إلى أن لها ذلك وهو مذهب أبي حنيفة لأنه تسليم يوجبه عليها عقد النكاح فملكت أن تمتنع منه قبل قبض صداقها كـالأول فأما إن وطئها مكرهة لم يسقط به حقها من الامتناع لأنـه حصل بغـير رضاهـا كالمبيـع إذا أخذه المشتري من البائع كرهاً، وإن أخذت الصـداق فوجـدته معيبـاً فلها منـع نفسها حتى يبـدله أو يعطيها أرشه لأن صداقها صحيح، وإن لم تعلم عيبـه حتى سلمت نفسها خـرج على الـوجهين فيما إذا سلمت نفسها قبل قبض صداقها ثم بدا لهـا أن تمتنع وكـل موضـع قلنا لهـا الامتناع من تسليم نفسها فلها السفر بغير إذن الزوج لأنه لم يثبت للزوج عليها حق الحبس فصارت كمن لا زوج لها ولو بقي منه درهم كان كبقاء جميعه لأن كـل من ثبت له الحبس بجميـع البدل ثبت لـه الحبس ببعضه كسائر الديون.

فصل: وإن أعسر الزوج بالمهر الحال قبل الدخول فلهـا الفسخ لأنـه تعذر الـوصول إلى عوض العقد قبل تسليم المعوض فكان لها الفسخ كما لو أعسر المشتري بالثمن قبل تسليم المبيـع وإن أعسر بعد الدخول فعلى وجهين مبنيين على منع نفسها فإن قلنا لها منع نفسها بعد الدخـول فلها الفسخ كما قبل الدخول وإن قلنا ليس لها منع نفسها لها فليس الفسخ كما لو أفلس بدين لها لآخر. ولا يجوز الفسخ إلا بحكم حاكم لأنه مجتهد فيه.

مسألة: قال: (وإذا تزوجها على صـداقين سر وعـلانية أخـذ بالعـلانية وإن كـان السر قد انعقد به النكاح).

ظاهر كلام الخرقي: أن الرجل إذا تـزوج المرأة في السر بمهـر ثم عقد عليهـا في العلانيـة بمهر آخر أنه يؤخذ بالعلانية. وهذا ظاهر قول أحمد في رواية الأثرم، وهو قول الشعبي وابن أبي ليـلى والثوري وأبي عبيـد. وقال القـاضي: الواجب المهـر الذي انعقـد به النكـاح سراً كـان أو علانية، وحمل كلام أحمد والخرقي على أن المرأة لم تقر بنكاح السر فيثبت مهر العلانية لأنه الذي ثبت به النكاح وهذا قول سعيد بن عبد العزيز، وأبي حنيفة والأوزاعي والشافعي، ونحـوه عن شريح والحسن والزهري والحكم بن عيينة ومالك وإسحاق. لأن العلانية ليس بعقد ولا يتعلق به وجوب شيء. ووجه قول الخرقي: أنه إذا عقد في الظاهـر عقداً بعـد عقد السر فقـد وجد منه بذل الزائد على مهر السر فيجب ذلك عليه كما لو زادها على صداقها، ومقتضى ما ذكرنا من

التعليل لكلام الخرقي: أنه إن كان مهر السر أكثر من العلانية، وجب مهر السر، لأنه وجب عليه بعقده، ولم تسقطه العلانية فبقي وجوبه. فأما إن اتفقا على أن المهر ألف وأنهما يعقدان العقد بألفين تجملاً ففعل ذلك، فالمهر ألفان، لأنها تسمية صحيحة في عقد صحيح، فوجبت كما لو لم يتقدمها اتفاق على خلافها، وهذا أيضاً قول القاضي ومذهب الشافعي، ولا فرق فيما ذكرناه بين أن يكون السر من جنس العلانية نحو أن يكون السر ألفاً والعلانية ألفين، أو يكونا من جنسين مثل أن يكون السر مائة درهم والعلانية مائة دينار، وإذا قلنا: إن الواجب مهر العلانية فيستحب للمرأة أن تفي للزوج بما وعدت به وشرطته على نفسها من أنها لا تأخذ إلا مهر السر. قال أحمد في رواية ابن منصور: إذا تزوج امرأة في السر بمهر وأعلنوا مهراً ينبغي لهم أن يفوا. ويؤخذ بالعلانية، فاستحب الوفاء بالشرط لئلا يحصل منهم غرور، ولأن النبي ﷺ قال: «المؤمنون على شروطهم» وعلى قول القاضي: إذا ادعى الزوج عقداً في السر انعقد به النكاح فيه مهر قليل قصد فيه فليس لها سواه وإن أنكرته فالقول قولها لأنها منكرة، وإن أقرت به وقالت: هما مهران في نكاحين. وقال: بل نكاح واحد أسررناه ثم أظهرناه، فالقول قولها، لأن الظاهر أن الثاني عقد صحيح يفيد حكماً كالأول، ولها المهر في العقد الثاني ونصف المهر في العقد الأول، إن ادعى سقوط نصفه بالطلاق قبل الدخول، وإن أصر على الإنكار، سئلت المرأة فإن ادعت أنه دخل بها في النكاح الأول ثم طلقها طلاقاً بائناً، ثم نكحها نكاحاً ثانياً، حلفت على ذلك واستحقت، وإن أقرت بما يسقط نصف المهر أو جميعه، لزمها ما أقرت به.

فصل: إذا تزوج أربع نسوة في عقد واحد بمهر واحد: مثل أن يكون لهن ولي واحد كبنات الأعمام أو موليات لمولى واحد، أو من ليس لهن ولي فزوجهن الحاكم، أو كان لهن أولياء فوكلوا وكيلاً واحداً، فعقد نكاحهن مع رجل فقبله فالنكاح صحيح والمهر صحيح، وبهذا قال أبو حنيفة، وهو أشهر قولي الشافعي. **والقول الثاني**: أن المهر فاسد ويجب مهر المثل، لأن ما يجب لكل واحدة منهن من المهر غير معلوم.

ولنا: إن الفرض في الجملة معلوم، فلا يفسد لجهالته في التفصيل، كما لو اشترى أربعة أعبد من رجل بثمن واحد. وكذلك الصبرة بثمن واحد، وهو لا يعلم قدر قفزانها. إذا ثبت هذا، فإن الصداق يقسم بينهن على قدر مهورهن في قول القاضي وابن حامد، وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه والشافعي وقال أبو بكر: يقسم بينهن بالسوية. لأنه أضافه إليهن إضافة واحدة، فكان بينهن بالسوية، كما لو وهبه لهن أو أقر به لهن، وكما لو اشترى جماعة ثوباً بأثمان مختلفة ثم باعوه مرابحة أو مساومة، كان الثمن بينهم بالسواء، وإن اختلفت رؤوس أموالهم. ولأن القول بتقسيطه يفضي إلى جهالة العوض لكل واحدة منهن، وذلك يفسده.

ولنا: إن الصفقة اشتملت على سببين مختلفي القيمة فوجب تقسيط العوض عليهما بالقيمة، كما لو باعه شقصاً وسيفاً، أو كما لو ابتاع عبدين، فوجد أحدهما حراً أو مغصوباً، وقد

نص أحمد فيمن ابتاع عبدين، فإذا أحدهما حر أنه يرجع بقيمته من الثمن، وكذلك نص فيمن تزوج على جاريتين، فإذا إحداهما حرة أنه يرجع بقيمة الحرة، ولو اشترى عبدين، فوجد أحدهما معيباً، فرده لرجع بقسطه من الثمن، وما ذكره من المسألة غير مسلم له، وإن سلم فالقيمة ثم واحدة، بخلاف مسألتنا.

وأما الهبة والإقرار فليس فيهما قيمة يرجع إليها وتقسم الهبة عليها، بخلاف مسألتنا، وإفضاؤه إلى جهالة التفصيل لا يمنع الصحة إذا كان معلوم الجملة، ويتفرع عن هذه المسألة إذا خالع امرأتين بعوض واحد. أو كاتب عبيداً بعوض واحد أنه يصح مع الخلاف فيه، ويقسم العوض في الخلع على قدر المهرين. وفي الكتابة على قدر قيمة العبيد. وعلى قول أبي بكر: يقسم بالسوية في المسألتين.

فصل: وإذا تزوج امرأتين بصداق واحد، وإحداهما ممن لا يصح العقد عليها لكونها محرمة عليه أو غير ذلك، وقلنا بصحة النكاح في الأخرى فلها بحصتها من المسمى، وبه قال الشافعي على قول وأبو يوسف. وقال أبو حنيفة: المسمى كله للتي يصح نكاحها، لأن العقد الفاسد لا يتعلق به حكم بحال، فصار كأنه تزوجها، والحائط بالمسمى.

ولنا: إنه عقد على عينين إحداهما لا يجوز العقد عليها، فلزمه في الأخرى بحصتها. كما لو باع عبده وأم ولده، وما ذكروه ليس بصحيح، فإن المرأة في مقابلة نكاحها مهر بخلاف الحائط.

فصل: فإن جمع بين نكاح وبيع فقال: زوجتك ابنتي، وبعتك داري هذه بألف، صح، ويقسط الألف على صداقها وقيمة الدار. وإن قال: زوجتك ابنتي واشتريت منك عبدك هذا بألف. فقال: بعتكه وقبلت النكاح صح ويقسط الألف على العبد ومهر المثل، وقال الشافعي في أحد قوليه: لا يصح البيع والمهر لإفضائه إلى الجهالة.

ولنا: إنهما عقدان يصح كل واحد منهما منفرداً، فصح جمعهما، كما لو باعه ثوبين. فإن قال: زوجتك ولك هذا الألف بألفين، لم يصح المهر لأنه كمسألة مد عجوة.

فصل: وإن تزوجها على ألف إن كان أبوها حياً، وعلى ألفين إن كان أبوها ميتاً فالتسمية فاسدة ولها صداق نسائها. نص عليه أحمد في رواية مهنا، لأن حال الأب غير معلومة فيكون مجهولاً، وإن قال: تزوجتك على ألف إن لم أخرجك من دارك، وعلى ألفين إن أخرجتك منها، أو على ألف إن لم يكن لي امرأة وعلى ألفين إن كانت لي امرأة. فنص أحمد على صحة التسمية في هاتين المسألتين وقال القاضي وأبو بكر: في الجميع روايتان، **إحداهما**: لا يصح، واختاره أبو بكر لأن سبيله سبيل الشرطين فلم يجز كالبيع. **والرواية الثانية**: يصح لأن ألفاً

معلوم وإنما جهل الثاني وهو معلوم على شرط، فإن وجد الشرط كان زيادة في الصداق، والصداق تجوز الزيادة فيه، والأولى أولى. والقول بأن هذا تعليق على شرط لا يصح لوجهين. **أحدهما**: أن الزيادة لا يصح تعليقها على شرط، فلو قال: إن مات أبوك، فقد زدتك في صداقك ألفاً، لم تصح، ولم تلزم الزيادة عند موت الأب.

والثاني: أن الشرط ها هنا لم يتجدد في قوله: إن كان لي زوجة، أو إن كان أبوك ميتاً، ولا الذي جعل الألف فيه معلوم الوجود، ليكون الألف الثاني زيادة عليه، ويمكن الفرق بين المسألة التي نص أحمد على إبطال التسمية فيها، وبين التي نص على الصحة فيها بأن الصفة التي جعل الزيادة فيها ليس للمرأة فيها غرض يصح بذل العوض فيه، وهو كون أبيها ميتاً بخلاف المسألتين اللتين صحت التسمية فيهما، فإن خلو المرأة من ضرة بغيرها وتقاسمها وتضيق عليها، من أكبر أغراضها، وكذلك إقرارها في دارها بين أهلها وفي وطنها، فلذلك خففت صداقها لتحصيل غرضها وثقلته عند فواته، فعلى هذا يمتنع قياس إحدى الصورتين على الأخرى، ولا يكون في كل مسألة إلا رواية واحدة، وهي الصحة في المسألتين الآخرتين، والبطلان في المسألة الأولى، وما جاء من المسائل ألحق بأشبههما به.

فصل: وإن تزوجها على طلاق امرأة له أخرى، لم تصح التسمية، ولها مهر مثلها، وهذا اختيار أبي بكر وقول أكثر الفقهاء، لأن هذا ليس بمال وإنما قال الله تعالى: ﴿أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] ولأن النبي ﷺ قال: «لا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفىء ما في صحفتها. ولتنكح، فإنما لها ما قدر لها» صحيح. وروى عبد الله بن عمرو، عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يحل لرجل أن ينكح امرأة بطلاق أخرى» ولأن هذا لا يصح ثمناً في بيع، ولا أجراً في إجارة، فلم يصح صداقاً كالمنافع المحرمة فعلى هذا يكون حكمه حكم ما لو أصدقها خمراً، ونحوه يكون لها مهر المثل أو نصفه إن طلقها قبل الدخول أو المتعة، عند من يوجبها في التسمية الفاسدة.

وعن أحمد رواية أخرى: أن التسمية صحيحة، لأنه شرط فعلاً لها فيه نفع وفائدة لما يحصل لها من الراحة بطلاقها من مقاسمتها وضررها والغيرة منها، فصح صداقاً، كعتق أبيها وخياطة قميصها، ولهذا صح بذل العوض في طلاقها بالخلع. فعلى هذا إن لم يطلق ضرتها، فلها مثل صداق الضرة، لأنه سمى لها صداقاً لم يصل إليه، فكان لها قيمته، كما لو أصدقها عبداً فخرج حراً، ويحتمل أن لها مهر مثلها، لأن الطلاق لا قيمة له، وإن جعل صداقها أن طلاق ضرتها إليها إلى سنة، فلم تطلقها، فقال أحمد: إذا تزوج امرأة وجعل طلاق الأولى مهر الأخرى إلى سنة أو إلى وقت، فجاء الوقت ولم تقض شيئاً رجع الأمر إليه، فقد أسقط أحمد حقها لأنه جعله لها إلى وقت، فإذا مضى الوقت ولم تقض فيه شيئاً، بطل تصرفها كالوكيل،

وهل يسقط حقها من المهر؟ فيه وجهان ذكرهما أبو بكر. أحدهما: يسقط، لأنها تركت ما شرط لها باختيارها فسقط حقها، كما لو تزوجها على عبد فأعتقته. والثاني: لا يسقط لأنها أخرت استيفاء حقها فلا يسقط، كما لو أجلت قبض دراهمها، وهل ترجع إلى مهر مثلها، أو إلى مهر الأخرى؟ يحتمل وجهين.

فصل: الزيادة في الصداق بعد العقد تلحق به نص عليه أحمد، قال: في الرجل يتزوج المرأة على مهر فلما رآها زادها في مهرها فهو جائز. فإن طلقها قبل أن يدخل بها فلها نصف الصداق الأول والذي زادها. وهذا قول أبي حنيفة، وقال الشافعي لا تلحق الزيادة بالعقد فإن زادها فهي هبة تفتقر إلى شروط الهبة، وإن طلقها بعد هبتها لم يرجع بشيء من الزيادة، قال القاضي وعن أحمد مثل ذلك، فإن قال: إذا زوج رجل أمته عبده ثم أعتقهما جميعاً فقالت الأمة زدني في مهري حتى أختارك فالزيادة للأمة، ولو لحقت بالعقد كانت الزيادة للسيد، وليس هذا دليلاً على أن الزيادة لا تلحق بالعقد فإن معنى لحوق الزيادة بالعقد أنها تلزم ويثبت فيها أحكام الصداق من التنصيف بالطلاق قبل الدخول وغيره، وليس معناه أن الملك يثبت قبل فيها وجودها وأنها تكون للسيد. واحتج الشافعي بأن الزوج ملك البضع بالمسمى في العقد فلم يحصل بالزيادة شيء من المعقود عليه فلا تكون عوضاً في النكاح كما لو وهبها شيئاً ولأنها زيادة في عوض العقد بعد لزومه فلم يلحق به كما في البيع.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُم بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ﴾ [النساء: ٢٤]، ولأن ما بعد العقد زمن لفرض المهر فكان حالة الزيادة كحالة العقد. وبهذا فارق البيع والإجارة، وقولهم إنه لم يملك به شيئاً من المعقود عليه، قلنا: هذا يبطل بجميع الصداق فإن الملك ما حصل به ولهذا صح خلوه عنه، وهذا ألزم عندهم فإنهم قالوا مهر المفوضة إنما وجب بفرضه لا بالعقد، وقد ملك البضع بدونه ثم إنه يجوز أن يستند ثبوت هذه الزيادة إلى حالة العقد فيكون كأنه ثبت بهما جميعاً كما قالوا في مهر المفوضة إذا فرضه وكما قلنا جميعاً فيما إذا فرض لها أكثر من مهر مثلها. إذا ثبت هذا فإن معنى لحوق الزيادة بالعقد أنه يثبت لها حكم المسمى في العقد في أنها تتنصف بالطلاق ولا تفتقر إلى شروط الهبة، وليس معناه أن الملك يثبت فيها من حين العقد، ولأنها تثبت لمن كان الصداق له لأن الملك لا يجوز تقدمه على سببه ولا وجوده في حال عدمه، وإنما يثبت الملك بعد سببه من حينئذ، وقال القاضي في الزيادة وجه آخر. أنها تسقط بالطلاق، ولا أعرف وجه ذلك فإن من جعلها صداقاً جعلها تستقر بالدخول وتتنصف بالطلاق قبله وتسقط كلها إذا جاء الفسخ من قبل المرأة، ومن جعلها هبة جعلها جميعها للمرأة لا تتنصف بطلاقها إلا أن تكون غير مقبوضة، فإنها تسقط لكونها عدة غير لازمة فإن كان القاضي أراد ذلك فهذا وجهه وإلا فلا.

مسألة: قال: (فإذا أصدقها غنماً فتوالدت ثم طلقها قبل الدخول كانت الأولاد لها ورجع بنصف الأمهات إلا أن تكون الولادة نقصتها فيكون مخيراً بين أن يأخذ نصف قيمتها وقت ما أصدقها أو يأخذ نصفها ناقصة).

قد ذكرنا أن المهر يدخل في ملك المرأة بمجرد العقد فإذا زاد فالزيادة لها وإن نقص فعليها، وإذا كانت غنماً فولدت فالأولاد زيادة منفصلة تنفرد بها دونه لأنها نماء ملكها ويرجع في نصف الأمهات إن لم تكن نقصت ولا زادت زيادة متصلة لأنها نصف ما فرض لها، وقد قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧]: وإن كانت نقصت بالولادة أو بغيرها فله الخيار بين أخذ نصفها ناقصاً لأنه راض بدون حقه وبين أخذ نصف قيمتها وقت ما أصدقها لأن ضمان النقص عليها. وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة لا يرجع في نصف الأصل، وإنما يرجع في نصف القيمة لأنه لا يجوز فسخ العقد في الأصل دون النماء لأنه موجب العقد فلم يجز رجوعه في الأصل بدونه.

ولنا: إن هذا نماء منفصل عن الصداق فلم يمنع رجوع الزوج كما لو انفصل قبل القبض وما ذكروه فغير صحيح لأن الطلاق ليس برفع للعقد ولا النماء من موجبات العقد إنما هو من موجبات الملك إذا ثبت هذا فلا فرق بين كون الولادة قبل تسليمه إليها أو بعده إلا أن يكون قد منعها قبضه فيكون النقص من ضمانه والزيادة لها فتنفرد بالأولاد، وإن نقصت الأمهات خيرت بين أخذ نصفها ناقصة وبين أخذ نصف قيمتها أكثر ما كانت من يوم أصدقها إلى يوم طلقها، وإن أراد الزوج أخذ نصف قيمة الأمهات من المرأة لم يكن له ذلك، وقال أبو حنيفة إذا ولدت في يد الزوج ثم طلقها قبل الدخول رجع في نصف الأولاد أيضاً لأن الولد دخل في التسليم المستحق بالعقد لأن حق التسليم تعلق بالأم فسرى إلى الولد كحق الاستيلاد، وما دخل في التسليم المستحق يتنصف بالطلاق كالذي دخل في العقد.

ولنا: قول الله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] وما فرض ها هنا إلا الأمهات فلا يتنصف سواها ولأن الولد حدث في ملكها، فأشبه ما حدث في يدها ولا يشبه حق التسليم حق الاستيلاد فإن الاستيلاد يسري وحق التسليم لا سراية له فإن تلف في يد الزوج وكانت المرأة قد طالبت به فمنعها ضمنه كالغاصب وإلا لم يضمنه لأنه تبع لأمه.

فصل: والحكم في الصداق إذا كان جارية كالحكم في الغنم، فإذا ولدت كان الولد لها كولد الغنم إلا أنه ليس له الرجوع في نصف الأصل لأنه يفضي إلى التفريق بين الأم وولدها في بعض الزمان، وكما لا يجوز التفريق بينها وبين ولدها في جميع الزمان لا يجوز في بعضه فيرجع أيضاً في نصف قيمتها وقت ما أصدقها لا غير.

فصل: وإن كان الصداق بهيمة حائلاً فحملت فالحمل فيها زيادة متصلة إن بذلتها له بزيادتها لزمه قبولها، وليس ذلك معدوداً نقصاً ولذلك لا يرد به المبيع، وإن كان أمة فحملت فقد زادت من وجه لأجل ولدها ونقصت من وجه لأن الحمل في النساء نقص لخوف التلف عليها حين الولادة ولهذا يرد بها المبيع، فحينئذ لا يلزمها بذلها لأجل الزيادة ولا يلزمه قبولها لأجل النقص وله نصف قيمتها، وإن اتفقا على تنصيفها جاز، وإن أصدقها حاملاً فولدت فقد أصدقها عينين الجارية وولدها وزاد الولد في ملكها فإن طلقها فرضيت ببذل النصف من الأم والولد جميعاً أجبر على قبولها لأنها زيادة غير متميزة وإن لم تبذله لم يجز له الرجوع في نصف الولد لزيادته، ولا في نصف الأم لما فيه من التفرقة بينها وبين ولدها، ويرجع بنصف قيمة الأم، وفي نصف الولد وجهان:

أحدهما: لا يستحق نصف قيمته لأنه حالة العقد لا قيمة له وحالة الانفصال قد زاد في ملكها فلا يقوم الزوج بزيادته. ويفارق ولد المغرور، فإن وقت الانفصال وقت الحيلولة فلهذا قوم فيها بخلاف مسألتنا.

والثاني: له نصف قيمته لأنه أصدقها عينين فلا يرجع في إحداهما دون الأخرى ويقوم حالة الانفصال لأنها أول حالة إمكان تقويمه، وفي المسألة وجه آخر: وهو أن الحمل لا حكم له فيكون كأنه حادث.

فصل: إذا كان الصداق مكيلاً أو موزوناً فنقص في يد الزوج قبل تسليمه إليها أو كان غير المكيل والموزون فمنعها أن تتسلمه فالنقص عليه لأنه من ضمانه وتتخير المرأة بين أخذ نصفه ناقصاً مع أرش النقص وبين أخذ نصف قيمته أكثر ما كانت من يوم أصدقها إلى يوم طلقها، لأنه إن زاد فلها وإن نقص فعليه فهو بمنزلة الغاصب، ولا يضمن زيادة القيمة لتغير الأسعار لأنها ليست من ضمان الغاصب فها هنا أولى.

مسألة: قال: (وإذا أصدقها أرضاً فبنتها داراً أو ثوباً فصبغته ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصف قيمته وقت ما أصدقها إلا أن يشاء أن يعطيها نصف قيمة البناء أو الصبغ، فيكون له النصف، أو تشاء هي أن تعطيه زائداً فلا يكون له غيره).

إنما كان له نصف القيمة لأنه قد صار في الأرض والثوب زيادة للمرأة وهي البناء والصبغ، فإن دفعت إليه نصف الجميع زائداً فعليه قبوله لأنه حقه وزيادة، وإن بذل لها نصف قيمة البناء والصبغ ويكون له النصف فقال الخرقي: له ذلك، قال القاضي: هذا محمول على أنهما تراضيا بذلك لأنها تجبر على قبوله لأن بيع البناء معاوضة فلا تجبر المرأة عليها، والصحيح أنها تجبر لأن الأرض حصلت له وفيها بناء لغيره فإذا بذل القيمة لزم الآخر قبوله كالشفيع إذا

أخذ الأرض بعد بناء المشتري فيها فبذل الشفيع قيمته لزم المشتري قبولها، وكذلك إذا رجع المعير في أرضه وفيها بناء أو غرس للمستعير فبذل المعير قيمة ذلك لزم المستعير قولها.

فصل: إذا أصدقها نخلاً حائلاً فأثمرت في يده فالثمرة لها لأنها نماء ملكها فإن جذها بعد تناهيها وجعلها في ظروف وألقى عليها صفراً من صفرها وهو سيلان الرطب بغير طبخ، وهذا يفعله أهل الحجاز حفظاً لرطوبتها لم يخل من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن لا تنقص قيمة الثمرة والصفر بل كانا بحالها أو زادا فإنه يردهما عليها ولا شيء عليه. **الثاني**: أن تنقص قيمتها وذلك على ضربين، **أحدهما**: أن يكون نقصها متناهياً فإنه يدفعهما إليها وأرش نقصهما لأنه تعدى بما فعله من ذلك. **الضرب الثاني**: أنه لا يتناهى بل يتزايد ففيه وجهان. **أحدهما**: أنها تأخذ قيمتها لأنها كالمستهلكة. **والثاني**: هي مخيرة بين ذلك وبين تركها حتى يستقر نقصها وتأخذها وأرشها كالمغصوب منه. **الحال الثالث**: أن لا تنقص قيمتها لكن إن أخرجها من ظروفها نقصت قيمتها فللزوج إخراجها وأخذ ظروفها إن كانت الظروف ملكه وإذا نقصت فالحكم على ما ذكرناه، وإن قال الزوج أنا أعطيكها مع ظروفها فقال القاضي يلزمها قبولها لأن ظروفها كالمتصلة بها التابعة لها ويحتمل أن لا يلزمها قبولها لأن الظروف عين ماله فلا يلزمها قبولها كالمنفصلة عنها.

فصل: فإن كانت بحالها إلا أن الصفر المتروك على الثمرة ملك الزوج فإنه ينزع الصفر ويرد الثمرة والحكم فيها إن نقصت أو لم تنقص كالتي قبلها، فإن قال أنا أسلمها مع الصفر والظروف فعلى الوجهين اللذين ذكرناهما وفي الموضع الذي حكمنا أن له رده إذا قالت أنا أرد الثمرة وآخذ الأصل فلها ذلك في أحد الوجهين والآخر ليس لها ذلك مبنيان على تفريق الصفقة في البيع. وقد ذكرناهما في موضعها.

فصل: إذا كان الصداق جارية فوطئها الزوج عالماً بزوال ملكه وتحريم الوطء عليه فعليه الحد لأنه وطء في غير ملكه وعليه المهر لسيدتها أكرهها أو طاوعته لأن المهر لمولاتها فلا يسقط ببذلها ومطاوعتها كما لو بذلت يدها للقطع، والولد رقيق[1] للمرأة وإن اعتقد أن ملكه لم يزل عن جميعها أو غير عالم بتحريمها عليه فلا حد عليه للشبهة وعليه المهر والولد حر لاحق نسبه به. وعليه قيمته يوم ولادته ولا تصير أم ولد له وإن ملكها بعد ذلك لأنه لا ملك فيها، وتخير المرأة بين أخذها في حال حملها وبين أخذ قيمتها لأنه نقصها بإحبالها، وهل لها الأرش مع ذلك؟ يحتمل أن لها الأرش لأنها نقصت بعدوانه. أشبه ما لو نقصها الغاصب بذلك، وقال بعض أصحاب الشافعي في الأرش ها هنا قولان. وقال بعضهم ينبغي أن يكون لها المطالبة بالأرش

---

(١) في نسخة: رهن.

قولاً واحداً لأن النقص حصل بفعله الذي تعدى به فهو كالغاصب وكما لو طالبته فمنع تسليمها وهذا أصح .

فصل: إذا أصدق ذمي ذمية خمراً فتخللت في يدها ثم طلقها قبل الدخول احتمل أن لا يرجع عليها بشيء لأنها قد زادت في يدها بالتخلل والزيادة لها، وإن أراد الرجوع بنصف قيمتها قبل التخلل فلا قيمة لها وإنما يرجع إذا زادت في نصف قيمتها أقل ما كانت من حين العقد إلى حين القبض وحينئذ لا قيمة لها وإن تخللت في يد الزوج ثم طلقها فلها نصفها لأن الزيادة لها ويحتمل أن يكون الخل له وعليه نصف مهر مثلها إذا ترافعا إلينا قبل القبض أو أسلما أو أحدهما.

فصل: إذا تزوج امرأة فضمن أبوه نفقتها عشر سنين صح . ذكره أبو بكر لأن أكثر ما فيه أنه ضمان مجهول أو ضمان ما لم يجب وكلاهما صحيح ولا فرق بين كون الزوج موسراً أو معسراً، واختلف أصحاب الشافعي فمنهم من قال كقولنا، ومنهم من قال لا يصح إلا ضمان نفقة المعسر لأن غير المعسر يتغير حاله فيكون عليه نفقة الموسر أو المتوسط فيكون ضمان مجهول والمعسر معلوم ما عليه ومنهم من قال لا يصح أصلاً لأنه ضمان ما لم يجب.

ولنا: إن الحبل لا يمنع صحة الضمان بدليل صحة ضمان نفقة المعسر مع احتمال أن يموت أحدهما فتسقط النفقة ومع ذلك صح الضمان فكذلك هذا.

فصل: ويجب المهر للمنكوحة نكاحاً صحيحاً والموطوءة في نكاح فاسد، والموطوءة بشبهة بغير خلاف نعلمه، ويجب للمكرهة على الزنا، وعن أحمد رواية أخرى: أنه لا مهر لها إن كانت ثيباً، واختاره أبو بكر، ولا يجب مع ذلك أرش البكارة، وذكر القاضي أن أحمد قد قال في رواية أبي طالب في حق الأجنبية إذا أكرهها على الزنا وهي بكر فعليه المهر وأرش البكارة، وهذا قول الشافعي، وقال أبو حنيفة لا مهر للمكرهة على الزنا.

ولنا: قول النبي ﷺ: «فلها المهر بما استحل من فرجها» وهذا حجة على أبي حنيفة فإن المكره مستحل لفرجها فإن الاستحلال الفعل في غير موضع الحل كقوله عليه السلام: «ما آمن بالقرآن من استحل محارمه» وهو حجة على من أوجب الأرش لكونه أوجب المهر وحده من غير أرش ولأنه استوفى ما يجب بدله بالشبهة، وفي العقد الفساد كرهاً فوجب بدله كإتلاف المال وأكل طعام الغير.

ولنا: على أنه لا يجب الأرش: أنه وطء ضمن بالمهر فلم يجب معه أرش كسائر الوطء، يحققه أن المهر بدل المنفعة المستوفاة بالوطء وبدل المتلف لا يختلف بكونه في عقد فاسد وكونه تمحض عدواناً ولأن الأرش يدخل في المهر لكون الواجب لها مهر المثل ومهر البكر يزيد على مهر

الثيب ببكارتها فكانت الزيادة في المهر مقابلة لما أتلف من البكارة فلا يجب عوضها مرة ثانية. يحققه أنه إذا أخذ أرش البكارة مرة لم يجز أخذه مرة أخرى فتصير كأنها معدومة فلا يجب لها إلا مهر ثيب ومهر الثيب مع أرش الكبارة هو مهر مثل البكر فلا تجوز الزيادة عليه. والله أعلم.

فصل: ولا فرق بين كون الموطوءة أجنبية أو من ذوات محارمه وهو اختيار أبي بكر ومذهب النخعي ومكحول وأبي حنيفة والشافعي، وعن أحمد رواية أخرى أن ذوات محارمه من النساء لا مهر لهن، وقول قول الشعبي لأن تحريمهن تحريم أصل فلا يستحق به مهر كاللواط وفارق من حرمت تحريم المصاهرة فإن تحريمها طارىء، وكذلك ينبغي أن يكون الحكم فيمن حرمت بالرضاع لأنه طارىء أيضاً، وعن أحمد رواية أخرى: أن من تحرم ابنتها لا مهر لها كالأم والبنت والأخت ومن تحل ابنتها كالعمة والخالة فلها المهر لأن تحريمها أخف.

ولنا: إن ما ضمن للأجنبي ضمن للمناسب كالمال ومهر الأمة ولأنه أتلف منفعة بضعها بالوطء فلزمه مهرها كالأجنبية، ولأنه محل مضمون على غيره فوجب عليه ضمانه كالمال، وبهذا فارق اللواط فإنه ليس بمضمون على أحد.

فصل: ولا يجب المهر بالوطء في الدبر ولا اللواط لأن الشرع لم يرد ببدله ولا هو إتلاف لشيء، فأشبه القبلة والوطء دون الفرج ولا يجب للمطاوعة على الزنا لأنها باذلة لما يجب بذله لها فلم يجب لها شيء كما لو أذنت له في قطع يدها فقطعها إلا أن تكون أمة فيكون المهر لسيدها ولا يسقط ببذلها لأن الحق لغيرها فأشبه ما لو بذلت قطع يدها.

فصل: ولو طلق امرأته قبل الدخول طلقة وظن أنها لا تبين بها فوطئها لزمه مهر المثل ونصف المسمى، وقال مالك لا يلزمه إلا مهر واحد.

ولنا: إن المفروض يتنصف بطلاقه بقوله سبحانه: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [النساء: ٢٤] ووطؤه بعد ذلك عري عن العقد فوجب به مهر المثل كما لو علم أو كغيرها أو كما لو وطئها غيره.

فصل: ومن نكاحها باطل بالإجماع كالمزوجة والمعتدة إذا نكحها رجل فوطئها عالما بالحال وتحريم الوطء وهي مطاوعة عالمة فلا مهر لها لأنه زنا يوجب الحد وهي مطاوعة عليه. وإن جهلت تحريم ذلك أو كونها في العدة فالمهر لها لأنه وطء شبهة.

وقد روى أبو داود بإسناده «أن رجلاً يقال له نصر بن أكثم نكح امرأة فولدت لأربعة أشهر، فجعل النبي ﷺ لها الصداق» وفي لفظ قال «الصداق بما استحللت من فرجها، فإذا ولدت فاجلدوها» وروى سعيد في سننه عن عمران بن كثير «أن عبد الله بن الحر تزوج جارية من قومه يقال لها الدرداء فانطلق عبيد الله فلحق بمعاوية ومات أبو الجارية فزوجها أهلها رجلاً

يقال له عكرمة، فبلغ ذلك عبيد الله فقدم فخاصمهم إلى علي رضي الله عنه فقصوا عليه قصتهم فرد عليه المرأة وكانت حاملاً من عكرمة فوضعت على يد عدل فقالت المرأة لعلي أنا أحق بمالي أو عبيد الله؟ قال بل أنت أحق بمالك، قالت فاشهدوا أن ما كان لي على عكرمة من صداق فهو له، فلما وضعت ما في بطنها ردها على عبيد الله بن الحر وألحق الولد بأبيه».

فصل: والصداق إذا كان في الذمة فهو دين إذا مات من هو عليه وعليه دين سواه قسم ماله بينهم بالحصص، قال أحمد في مريض تزوج في مرضه وعليه دين ومات: ما ترك بين الغرماء والمرأة بالحصص، وذلك لأن نكاح المريض صحيح والصداق دين فتساوى سائر الديون.

فصل: وكل فرقة كانت قبل الدخول من قبل المرأة مثل إسلامها أو ردتها أو إرضاعها من ينفسخ النكاح بإرضاعه أو ارتضاعها وهي صغيرة أو فسخت لإعساره أو عيبه أو لعتقها تحت عبد أو فسخه بعيبها فإنه يسقط به مهرها ولا يجب لها متعة لأنها أتلفت المعوض قبل تسليمه فسقط البدل كله كالبائع يتلف المبيع قبل تسليمه وإن كانت بسبب الزوج كطلاقه وخلعه وإسلامه وردته أو جاءت من أجنبي كالرضاع أو وطء ينفسخ به النكاح سقط نصف المهر ووجب نصفه أو المتعة لغير من سمى لها ثم يرجع الزوج على من فسخ النكاح إذا جاء الفسخ من قبل أجنبي وإن قتلت المرأة استقر المهر جميعه لأنها فرقة حصلت بالموت وانتهاء النكاح فلا يسقط بها المهر كما لو ماتت حتف أنفها سواء قتلها زوجها أو أجنبي أو قتلت نفسها أو قتل الأمة سيدها وإن طلق الحاكم على الزوج في الإيلاء فهو كطلاقه لأنه قام مقامه في إيفاء الحق عليه عند امتناعه منه. وفي فرقة اللعان روايتان:

إحداهما: هي كطلاقه لأن سبب اللعان قذفه الصادر منه، **والثانية**: يسقط به مهرها لأن الفسخ عقيب لعانها فهو كفسخها لعنته، وفي فرقة شرائها لزوجها أيضاً روايتان:

إحداهما: يتنصف بها مهرها لأن البيع الموجب للفسخ تم بالسيد القائم مقام الزوج وبالمرأة فأشبه الخلع، **والثانية**: يسقط المهر لأن الفسخ وجد عقيب قبولها، فأشبه فسخها لعنته، وفيما إذا اشترى الحر امرأته وجهان مبنيان على الروايتين في شرائها لزوجها، وإذا جعل لها الخيار فاختارت نفسها أو وكلها في الطلاق فطلقت نفسها فهو كطلاقه لا يسقط مهرها لأن المرأة وإن باشرت الطلاق فهي نائبة عنه ووكيلة له وفعل الوكيل كفعل الموكل فكأنه صدر عن مباشرته، وإن علق طلاقها على فعل من قبلها لم يسقط مهرها لأن السبب منه وجد، وإنما هي حققت شرطه والحكم ينسب إلى صاحب السبب، والله أعلم.

«تم الجزء السادس من كتاب المغني ويليه الجزء السابع منه، وأوله كتاب الوليمة، والله المعين على الإتمام، وصلى الله على محمد وآله وسلم».

فهرس الجزء السادس
من المغني